

Die Fürsorgeerziehung im Jugendgerichtsgesetz

Inaugural - Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von
Jochen Hahn
Gerichtsreferendar aus Bad Hersfeld

Marburg
1968



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554411_0060

Die Fürsorgeerziehung im Jugendgerichtsgesetz

Inaugural - Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg



vorgelegt von

J o c h e n H a h n

Gerichtsreferendar aus Bad Hersfeld

Marburg
1968



Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissen-
schaftlichen Fakultät angenommen am: 24. Juni 1968

Berichterstatter: Professor Dr. Hall

Mitberichterstatter: Professor Dr.Dr.Lücken

Tag der mündlichen Prüfung: 10. Juli 1968

I n h a l t s v e r z e i c h n i s

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	I
Gliederung	III
Literaturverzeichnis	XI
Einleitung	1
1. Kapitel	8
2. Kapitel	66
3. Kapitel	92
4. Kapitel	114
5. Kapitel	118
Schluß	145

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AFET	Allgemeiner Fürsorgeerziehungstag
AG	Amtsgericht
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bem.	Bemerkung
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen(Band und Seite)
BlWohlPfl	Blätter der Wohlfahrtspflege in Baden-Württemberg (Jahr und Seite)
BT	Bundestag
ca.	circa
DJ	Deutsche Justiz (Jahr und Seite)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Einf.	Einführung
f., ff.	folgende
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht (Jahr und Seite)
FE	Fürsorgeerziehung
FEH	Freiwillige Erziehungshilfe
FfM	Frankfurt am Main
Halbs.	Halbsatz
h. M.	herrschende Meinung
JAKDR	Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchsrechts (Jahr und Seite)
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JMB1	Justizministerialblatt
JWG	Jugendwohlfahrtsgesetz
JZ	Juristenzeitung (Jahr und Seite)

Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
MonschrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtswissenschaft (Jahr und Seite)
Nds. Rpfl.	Niedersächsische Rechtspflege (Jahr und Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
NRW	Nordrhein-Westfalen
OLG	Oberlandesgericht
RdJ	Recht der Jugend (Jahr und Seite)
RJGG	Reichsjugendgerichtsgesetz
RJWG	Reichsjugendwohlfahrtsgesetz
RStGB	Reichstrafgesetzbuch
s.	siehe
S.	Seite
s.o.	siehe oben
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
str.	streitig
s.u.	siehe unten
Tit.	Titel
u.	und
u.a.	und andere
UJ	Unsere Jugend (Jahr und Seite)
Urt.	Urteil
v.	von
vergl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
z.B.	zum Beispiel
ZBl(JR)	Zentralblatt für Jugendrecht (Jahr und Seite)
Ziff.	Ziffer
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Straf- rechtswissenschaft (Jahr und Seite)

<u>Gliederung</u>	Seite
<u>Einleitung</u>	1
1. Die Fragestellung	1
2. Die Fürsorgeerziehung als Maßnahme des Jugendstrafrechts	3
3. Gang der Untersuchung	7
 <u>Erstes Kapitel</u>	
Die Fürsorgeerziehung als Erziehungsmaßregel (§§ 5 I, 9 Ziff. 3, 12 JGG, 64 ff. JWG)	8
I. Begriff des "Jugendlichen" in § 5 I JGG	8
II. Ist zur Anordnung von Fürsorgeerziehung als Erziehungsmaßregel die Feststellung der entwicklungsbedingten Reife (§ 3 S. 1 JGG) erforderlich?	9
1. Die Meinungen	9
2. Eigene Stellungnahme	11
a) Die für die Ansicht von Potrykus sprechenden Gründe	11
b) Die Auslegung des § 5 I JGG	12
c) Ergebnis und weitere Fragen	14
III. Das Tatbestandsmerkmal "aus Anlaß" in § 5 I JGG	15
1. Die Meinungen von Goebel und Pentz	15
2. Die Gegenmeinungen	16
a) Dallinger-Lackner	16
b) Potrykus	17
c) Grethlein	17
d) Schaffstein	18
e) Hellmer	19
3. Eigene Stellungnahme	20
a) Der Begriff "Repression"	20
b) Der Begriff "Sühne"	21

	Seite
aa) Sühne als Leistung des Täters	22
bb) Sühne und Rechtsgemeinschaft	23
c) Die Vergeltungstheorie	24
aa) im Erwachsenenstrafrecht	24
bb) im Jugendstrafrecht	25
a') Vergeltungsgedanke und Rechts- sicherheit	25
b') Vergeltung und Sühne	25
c') Schuldvergeltung und Erziehung	28
a") § 3 S. 1 JGG und der Ver- geltungsgedanke	28
b") § 17 II 2. Alternative JGG und der Vergeltungsgedanke	30
cc) Der Vergeltungsgedanke im Jugend- strafrecht	32
d) Das Verhältnis der jugendrichterlichen Reaktionen zur Tat	34
e) Zusammenfassung	35
IV. Die "Subsidiarität" der Fürsorgeerziehung	36
1. Die Fürsorgeerziehung und die anderen Erziehungsmaßregeln	36
2. Die Fürsorgeerziehung und die Zuchtmittel	37
a) Auslegung der Worte in § 5 II JGG "wenn Erziehungsmaßregeln nicht aus- reichen"	37
aa) Beispiele für die unterschiedli- chen Auffassungen	38
bb) Kritik der Meinungen	40
a') Die Auffassung von Hellmer	40
a") Die jugendrichterlichen Maßnahmen und die objektive Tatschwere	41
b") Sieht das Jugendgerichtsge- setz Erziehungsmaßregeln für leichte, Zuchtmittel für mittlere und Jugendstrafe für schwere Taten vor?	43

a"') Die Gruppierung der Rechtsfolgemaßnahmen nach ihrer objektiven Eingriffsschwere	44
b"') Die Auffassung Hellmers, die Fürsorgeerziehung gehöre nicht in das Ge- biet der Zumessungslehre des Jugendgerichtsge- setzes	45
b') Ist in § 5 II JGG eine Skala zu- nehmender Intensivierung der Er- ziehung gemeint?	48
c') Oder eine Skala zunehmender Reak- tion auf zunehmendes Verschulden?	49
cc) Ergebnis der Auslegung des § 5 II JGG	50
b) Die Bedeutung der Auslegung für das Sub- sidiaritätsprinzip im Jugendgerichtsge- setz	52
3. Fürsorgeerziehung und Jugendstrafe	54
a) Die unterschiedlichen Meinungen zur Prü- fung der Erfolgsaussicht der Fürsorge- erziehung	56
b) Die Bedeutung der Erfolgsprüfung im Ju- gendgerichtsgesetz	57
c) Die Erfolgsprüfung bei der Jugendstrafe	61
V. Zusammenfassung der Ergebnisse des 1. Kapitels	64

Zweites Kapitel

Die Anordnung der Fürsorgeerziehung nach § 3 S. 2 JGG	66
I. Die sachlichen Voraussetzungen der Anordnung von Fürsorgeerziehung nach § 3 S. 2 JGG	66
II. Muß der Jugendrichter vor der Anordnung der Fürsorgeerziehung die Freiwillige Erziehungs- hilfe versuchen?	68
1. Unterschiedliche Meinungen in der Literatur	68
a) Roestel	69
b) Miehe	69
c) Dallinger-Lackner	70

2. Kritik der Meinungen und Auslegung des § 3 S. 2 JGG	71
a) Der Wortlaut des § 3 S. 2 JGG	71
b) Analogie - oder Gegenteilschluß zu § 12 S. 2 JGG?	71
aa) Eine direkte Anwendung von § 12 S. 2 JGG entfällt	71
bb) Analogie - und Gegenteilschluß	71
cc) Vergleich der Anordnung der Fürsor- geerziehung nach §§ 5 I, 9 Ziff.3 und § 3 S. 2 JGG	72
a') Die Schuldfeststellung	72
b') Beschleunigung des Verfahrens	73
c') Sinn und erzieherischer Zweck der Regelung in §§ 5 I, 9 Ziff. 3, 12 JGG	73
a") Sinn und Zweck der Frei- willigen Erziehungshilfe	74
b") Erfordernisse des Straf- verfahrens	74
d') Inwieweit haben die Gedanken des § 12 S. 2 JGG auch für § 3 S. 2 JGG Gültigkeit ?	75
e') Ergebnis	78
III. Wird der Jugendrichter bei der Anordnung von Fürsorgeerziehung im Rahmen des § 3 S. 2 JGG "als Vormundschaftsrichter" tätig ?	79
1. Gemeinsames Ziel von Jugendgerichtsgesetz und Jugendwohlfahrtsgesetz	80
2. Sachliche Unterschiede	80
3. Die "Verweisung" an den Vormundschafts- richter	82
IV. Die Verfahrensvorschriften bei der Anfechtung der Anordnung von Fürsorgeerziehung nach § 3 S. 2 JGG	82
1. Anfechtung des freisprechenden Urteils	83
a) Enthält der Freispruch selbst eine Be- schwer des Minderjährigen?	84
b) Enthält eine im Urteil angeordnete Für- sorgeerziehung eine Beschwer?	85

	Seite
2. Anfechtung des Anordnungsbeschlusses	85
a) nach Strafverfahrensvorschriften	85
b) nach Jugendwohlfahrtsrecht	87
c) Vor- und Nachteile beider Möglichkeiten	87
d) Ergebnis	88
aa) de lege lata	89
bb) de lege ferenda	89
V. Die Überweisung der Anordnung von Fürsorge- erziehung an den Vormundschaftsrichter	89

Drittes Kapitel

Die Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung durch den Jugendrichter	92
I. Die Zulässigkeit der vorläufigen Fürsorgeer- ziehung im Rahmen der §§ 5 I, 9 Ziff. 3, 12 JGG	92
1. Gegen die Zulässigkeit sprechende Gründe	92
a) Kein Abschluß des Strafverfahrens mit einer vorläufigen Maßnahme?	93
b) Verbot der vorläufigen Fürsorgeerzie- hung durch § 71 I 2 JGG ?	93
c) Die Ausführungsverordnung des RJM vom 10. 12. 1943	93
d) Keine "Gefahr im Verzuge" ?	93
2. Für die Zulässigkeit der vorläufigen Für- sorgeerziehung sprechende Gründe	94
a) Vorläufig abschließende Maßnahmen auch in anderen Fällen	94
b) § 71 I 2 JGG steht der vorläufigen Für- sorgeerziehung nicht grundsätzlich ent- gegen	95
c) Die Ausführungsverordnung des RJM vom 10. 12. 1943	96
3. Die Beantwortung der Frage	96
a) § 71 I 2 JGG	97
b) vorläufig abschließende Maßnahmen im Jugendstraßverfahren	100
c) "Gefahr im Verzuge"	106

II. Die Zulässigkeit der Anordnung vorläufiger Fürsorgeerziehung im Rahmen des § 3 S.2 JGG	107
III. Die Zweckmäßigkeit der Anordnung vorläufiger Fürsorgeerziehung im Jugendstrafverfahren	109
1. Gegen die Zweckmäßigkeit sprechende Gründe	109
a) Vor Rechtskraft des Urteils keine Vollziehbarkeit	109
b) Wird durch die im Jugendstrafverfahren angeordnete vorläufige Fürsorgeerziehung der Vormundschaftsrichter gehindert, vor Rechtskraft des Urteils selber diese Maßnahme anzuordnen?	109
c) Falsche Bewertung der vorläufigen Fürsorgeerziehung	111
2. Für die Anordnung sprechende Gründe	111
a) Beschleunigung des Verfahrens	112
b) Vermeidung der Anordnung endgültiger Fürsorgeerziehung im Strafverfahren	112
3. Abwägung der Gründe	112

Viertes Kapitel

Durchführung und Beendigung der Fürsorgeerziehung	114
1. Benachrichtigungspflicht	114
2. Aufhebung	114
3. Kritik der geltenden Regelung	115

Fünftes Kapitel

Die Anordnung der Fürsorgeerziehung durch den Vormundschaftsrichter nach einem Überweisungsurteil des Jugendrichters gemäß § 53 JGG	118
I. Wann soll der Jugendrichter überweisen? Die Stellungnahmen in der Literatur	118
1. Die Meinung von Jans	118
2. Die Meinungen von Schütze und Roestel	119
3. Die Mittelmeinungen	121
4. Soll eine Überweisung stattfinden, wenn der Jugendrichter in Personalunion auch Vormundschaftsrichter ist?	122

II. Die rechtlichen Probleme des § 53 JGG	123
1. Die Bindung des Vormundschaftsrichters, eine Erziehungsmaßregel anzuordnen (§ 53 S. 2 JGG)	123
2. Muß der Vormundschaftsrichter vor der Anordnung von Fürsorgeerziehung die Freiwillige Erziehungshilfe versuchen?	125
a) Die herrschende Meinung	125
b) Das Gegenargument von Mieke	126
c) Eigene Stellungnahme	126
3. Wann darf der Vormundschaftsrichter vom Überweisungsurteil abweichen (§ 53 S.2 JGG)?	129
a) Die nach Rechtskraft des Urteils geänderten Umstände	129
b) Die für das Urteil maßgebenden Umstände	130
c) Nachteile der Regelung in § 53 S. 2 JGG	133
4. Anfechtung von Überweisungsurteil und vormundschaftsrichterlichem Beschluß	134
a) Rechtsmittel gegen das Überweisungsurteil	134
aa) Kreis der Rechtsmittelberechtigten	134
bb) § 55 I 2 JGG	134
b) Rechtsmittel gegen den vormundschaftsrichterlichen Beschluß	135
aa) Kreis der Beschwerdeberechtigten	136
bb) Hat der Jugendrichter einen Rechtsbehelf gegen die Entscheidung des Vormundschaftsrichters?	137
a') Dienstaufsichtsbeschwerde	138
b') Beschwerderecht gemäß § 57 Nr. 9 FGG	139
III. Zusammenfassung	144

Schluß

1. Zusammenfassung der Fragen und Ergebnisse	145
2. Voraussetzungen einer Regelung de lege ferenda	152
3. Beitrag der Untersuchung zur Beantwortung der Frage, ob es sinnvoll ist, im Verfahren gegen Jugendliche Fürsorgeerziehung anzuordnen	157

Literaturverzeichnis

(Namenszitate ohne Zusatz bezeichnen die im
Literaturverzeichnis angegebenen Titel)

- | | |
|----------------------|---|
| Bartholomeyczik | Die Kunst der Gesetzesauslegung,
3. Aufl., Frankfurt a.M. 1965 |
| Baumbach-Lauterbach | Zivilprozeßordnung, 29. Aufl.,
München und Berlin 1966 |
| Bauer | Das Verbrechen und die Gesell-
schaft, München und Basel 1957 |
| Baur | Freiwillige Gerichtsbarkeit,
1. Buch, Tübingen 1955 |
| Bender | Kommentar zum Jugendgerichtsge-
setz, Berlin und Frankfurt 1964,
Stand 1. 4. 1965 |
| Becker | Zusammenfassender Bericht über
die Ergebnisse der Arbeitsgemein-
schaft I: Erziehungsmaßregeln,
Zuchtmittel, Jugendstrafe und FE,
in: Neue Schriftenreihe des AFET
Heft 14/1960, S. 111 ff. |
| Bekämpfung | der Jugendkriminalität, Arbeits-
tagung im Bundeskriminalamt Wies-
baden vom 1. bis 6.11.1954 über
die Kriminalität der Jugendlichen
und Heranwachsenden, Herausgeber:
Bundeskriminalamt Wiesbaden 1955 |
| Bitter (Herausgeber) | Heilen statt Strafen, Tagungsbe-
richt der 5. Arbeitstagung 1956
der Gemeinschaft "Arzt und Seel-
sorger" Stuttgart, Vorträge und
Aussprache über Behandlung und
Vorbeugung jugendlicher Krimina-
lität, Göttingen 1957 |
| Brand-Hensel | Die Vormundschafts-, Familien-
rechts- und Fürsorgeerziehungs-
sachen in der gerichtlichen
Praxis, Berlin, Göttingen und
Heidelberg 1963, Nachtrag 1965 |
| Bresser | Jugendzurechnungsunfähigkeit oder
Strafunmündigkeit? in ZStW 74,
579 ff. |

- Briegleb Die Aufgabe des Richters, in: Bericht über die Tagung des AFET in Bielefeld vom 13. bis 15.10.1954, Neue Schriftenreihe der AFET Heft 10, S. 39 ff.
- Dallinger-Lackner Jugendgerichtsgesetz mit ergänzenden Vorschriften, München und Berlin, 1. Aufl. 1955, 2. Aufl. 1965 (zitiert: Dallinger-Lackner - ohne Zusatz -)
- Dallinger-Lackner Rechtsprechung zum Jugendgerichtsgesetz, München und Berlin 1958 (zitiert: Dallinger-Lackner, Rechtsprechung)
- Erstkriminalität und Frühkriminalität Bericht über den 13. Deutschen Jugendgerichtstag in Münster i.W. vom 14. bis 16.10.1965, in: Schriftenreihe der Deutschen Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen, Neue Folge, Heft 6
- Friedeberg-Polligkeit Das Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt, 2. Aufl., Berlin 1930 mit Nachtrag 1933
- Goebel Grenzen jugendrichterlicher Weisungen, in NJW 1954, 15. f.
- Gräber Jugendwohlfahrtsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Münster 1963
- Grethlein Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Berlin 1965 (zitiert: Grethlein - ohne Zusatz -)
- Grethlein Die Problematik des Verschlechterungsverbotes im Hinblick auf die besonderen Maßnahmen des Jugendrechts, Berlin 1963 (zitiert: Grethlein, Verschlechterungsverbot)
- Härendel Die Grundgedanken des Jugendgerichtsgesetzes in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung, juristische Dissertation, Hamburg 1964
- Hall Entwicklung des Verbrechensbegriffes aus dem Geiste des Prozesses, in: Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmut Mayer zum 70. Geburtstag am 1.5.1965, Berlin 1966, S. 35-48

- Hasenclever (Bearbeiter) Vorschläge und Forderungen der Arbeiterwohlfahrt, in: Reform der öffentlichen Jugendhilfe, Schriften der Arbeiterwohlfahrt Heft 9, Bonn 1957
- Held Das Problem der sogenannten medizinischen Unerziehbarkeit, in: UJ 1964, 512 ff.
- Hellmer Erziehung und Strafe, Berlin 1957
- Hellmer Schuld und Gefährlichkeit im Jugendstrafrecht, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Eine Sammlung von Vorträgen und Schriften aus dem Gebiet der gesamten Staatswissenschaften, 248/249 Tübingen 1962 (zitiert: Hellmer, Schuld und Gefährlichkeit)
- Hellmer Bewährung und Nichtbewährung des Jugendstrafrechts, in: NJW 1964, 17 ff. (zitiert: Hellmer NJW 64,...)
- Hellmer Kriminalpädagogik, Eine Einführung in ihre Probleme, Berlin 1959 (zitiert: Hellmer, Kriminalpädagogik)
- Hellwig Jugendgerichtsgesetz mit Erläuterungen, Berlin 1924
- Holzschuh Geschichte des Jugendstrafrechts bis zum Ende des 19. Jahrhunderts, juristische Dissertation, Mainz 1957 (zitiert: Holzschuh - ohne Zusatz -)
- Holzschuh Erziehung und Strafe im deutschen Jugendstrafrecht, in: Bekämpfung der Jugendkriminalität, (s.unter Bekämpfung), S. 147 ff. (zitiert: Holzschuh, Erziehung und Strafe)
- Holzschuh Jugendgerichtsbarkeit, Vortrag, abgedruckt in: Hessische Hochschulkurstage für staatswissenschaftliche Fortbildung, 21. Band, S. 138 ff. (zitiert: Holzschuh, Jugendgerichtsbarkeit)
- Holzschuh Die jugendrichterlichen Maßnahmen ohne Freiheitsentzug, Referat in: Erstkriminalität und Frühkriminalität, a.a.O., S.74 ff. (zitiert: Holzschuh, Die jugendrichterlichen Maßnahmen), gehalten auf dem 13. Jugendgerichtstag in Münster, 1965

- Iben Von der Schutzaufsicht zur Erziehungsbeistandschaft, Marburger Pädagogische Studien, herausgegeben von L. Froese und W. Klafki, Marburg/Lahn 1966, Sozialpädagogische Dissertation Marburg 1966
- Jagusch Kommentierung des Jugendgerichtsgesetzes in seinem materiellen Teil, in: Leipziger Kommentar, 1. Band, S. 428 d bis 614, 8. Aufl., Berlin 1957
- Jans Die Mitwirkung des Richters bei der öffentlichen Erziehung, in: Bericht über die Tagung des AFET in Berlin vom 10. bis 13.5.1960, Neue Schriftenreihe des AFET Heft 14, S. 73 ff.
- Jans-Happe Jugendwohlfahrtsgesetz, Kommentar, Köln 1963
- Keidel Freiwillige Gerichtsbarkeit, Kommentar, 9. Aufl., München 1967
- Kiesow Jugendgerichtsgesetz vom 16.2.1923, Kommentar, Mannheim 1923
- Kober Die Mitwirkung des Richters bei der öffentlichen Erziehung, in: Bericht über die Tagung des AFET in Berlin vom 10. bis 13.5.1960, Neue Schriftenreihe des AFET Heft 14, S. 60 ff.
- Kohlrausch v. Krauss Strafgesetzbuch, 36. Aufl., Berlin 1941
Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Hamburg 1955
- Krebs Grundlagen des Strafvollzugs, in: Bekämpfung der Jugendkriminalität (s. unter Bekämpfung), S. 157 ff.
- Kümmerlein Das neue Reichsjugendgerichtsgesetz, in: DJ 43, 523 ff.
- Krug Gesetz für Jugendwohlfahrt, München, Gesetzesstand April 1965
- v. Liszt Der Zweckgedanke im Strafrecht (Marburger Universitätsprogramm 1882), in: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1. Bd., Berlin 1905, S. 126 ff.
- v. Liszt Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., bearbeitet von Eb. Schmidt, Berlin und Leipzig 1932
- Lücken Elternrecht und Heimerziehung, in: Handbuch der Heimerziehung I, 1162 ff., Frankfurt, Berlin und Bonn 1961

- Lüthi Das Verhältnis von Strafe und Fürsorge im Verfahren gegen Jugendliche mit besonderer Berücksichtigung der Kantone Zürich und Bern, in: Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Neue Folge Heft 18, Berner Dissertation 19
- Luther Einheitliche Gerichtsbarkeit für Minderjährige durch Familiengerichte oder Jugendgerichte? in: FamRZ 1963, 387 ff.
- Marcus Die freiwillige öffentliche Erziehung Sonderveröffentlichung des AFET, Dissertation Hamburg 1951
- Miehe Das Jugendstrafrecht nach der Novelle zum Jugendwohlfahrtsgesetz II, in: RdJ 1963, 116 ff. (zitiert: Miehe RdJ...)
- Miehe Zur Anordnung der Fürsorgeerziehung bei Unerziehbaren I, II, III, in: RdJ 1966, 5ff., 34 ff., 64 ff., (zitiert: Miehe RdJ...)
- Mieskes Der Jugendliche in der Situation der Straffälligkeit, Jena 1956
- Neue Wege zur Behandlung der Jugendkriminalität, Beiträge zur Durchführung des Jugendgerichtsgesetzes des Deutschen Bundestages vom 4.8.1953, Berichte über den 8. und 9. Jugendgerichtstag, herausgegeben von der Deutschen Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen, Köln und Berlin 1955
- Nohl Jugendwohlfahrtsrecht, Vorträge, Leipzig 1927, insbesondere: Der Sinn der Strafe, S.84 ff.
- Oppenhoff Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz vom 31.5.1870, 3.Aufl., Berlin 1873, 14. Aufl., Berlin 1901
- Die Feinliche Gerichtsordnung Karls V. von 1532 (Carolina) herausgegeben von Gustav Radbruch, Stuttgart 1960 (zitiert: CC)
- Pentz Neues zum Jugendgerichtsgesetz II, Kann durch Strafurteil vorläufige Fürsorgeerziehung angeordnet werden? in: RdJ 1956, 45 ff.
- Peters Reichsjugendgerichtsgesetz vom 6.11.1943, 2. Aufl., Berlin 1944, (zitiert: Peters RJGG)

- Peters Die Grundlagen der Behandlung junger Rechtsbrecher, in: Erstkriminalität und Frühkriminalität, a.a.O., S. 13 ff. (zitiert: Peters, Die Grundlagen der Behandlung junger Rechtsbrecher)
- Peters Werdendes Jugendstrafrecht, Bonn 1947 (zitiert: Peters, Werdendes Jugendstrafrecht)
- Peters Grundprobleme der Kriminalpädagogik, Berlin 1960 (zitiert: Peters, Grundprobleme)
- Potrykus Jugendwohlfahrtsgesetz, Kommentar, München und Berlin 1953 (zitiert: Potrykus JWG)
- Potrykus Kommentar zum Jugendgerichtsgesetz, 4. Aufl., Darmstadt 1955 (zitiert: Potrykus - ohne Zusatz -)
- Potrykus Die tragenden Gedanken des Jugendstrafrechts, in: Bekämpfung der Jugendkriminalität, a.a.O., S.139 ff. (zitiert: Potrykus, Die tragenden Gedanken)
- Potrykus Weitere Zweifelsfragen nach dem neuen Jugendgerichtsgesetz, in: NJW 1954, 821 ff. (zitiert: Potrykus NJW...)
- Potrykus Nochmal: Zur Anordnung der Fürsorgeerziehung durch das Jugendgericht, in: UJ 1956, 235 ff (zitiert: Potrykus UJ...)
- Potrykus Weitere interessante Streitfragen zum JGG 1953, in: RdJ 1956, 209 ff. (zitiert: Potrykus RdJ...)
- Potrykus Jugendgerichtsgesetz und Jugendwohlfahrtsgesetz, in: RdJ 1962, 217 ff. (zitiert: Potrykus RdJ...)
- Riedel Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, München 1965 (zitiert: Riedel - ohne Zusatz -)
- Riedel Jugendwohlfahrtsgesetz, Kommentar, 4. Aufl., Berlin 1965 (zitiert: Riedel JWG)
- Roestel Freiwillige Erziehungshilfe und Subsidiarität der Fürsorgeerziehung, in: ZBlJR 1962, 149 ff. (zitiert: Roestel ZBlJR...)

- Roestel Die Fürsorgeerziehung im Jugendstrafverfahren, in: UJ 1964, 19 ff. (zitiert: Roestel - ohne Zusatz -)
- Roxin Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, in: Juristische Schulung (JuS) 1966, 377 ff.
- Schaffstein Die Bemessung der Jugendstrafe, Erfahrungen und Folgerungen, Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt, Heft 4, 1967, S. 1-11
- Schaffstein Jugendstrafrecht, Eine systematische Darstellung, 2. Aufl., Stuttgart 1966 (zitiert: Schaffstein - ohne Zusatz -)
- Schaffstein Die Behandlung der Heranwachsenden im künftigen Strafrecht, in: ZStW 74, 1 ff. (zitiert: Schaffstein ZStW...)
- Schlegelberger Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, I.Bd., 6. Aufl., Köln und Berlin 1952
- v. Schlotheim Gericht, Urteil, Sühne; Berlin 1958
- Schnitzerling Das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde im Fürsorgeerziehungsverfahren, in: RdJ 1959, 58 ff. (zitiert: Schnitzerling RdJ...)
- Schnitzerling Jugendrechtlicher Fall: Pflegekinder - Aufnahmeerlaubnis und Widerruf - Unterhalt-vorläufige Fürsorgeerziehung durch Urteil - Hilfeleistung nach dem Entweichen aus dem Heim, in: RdJ 1962, 172 ff. (zitiert: Schnitzerling RdJ...)
- Schwarzenberger Die Bedeutung der modernen Erziehungswissenschaften für das juristische Strafrecht, Heidelberger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heidelberg 1933
- Schwarz-Kleinknecht Strafprozeßordnung, 27. Aufl., München und Berlin 1967
- Sieverts Allgemeine Rechtsgrundlagen der fürsorgerischen Heimerziehung, in: Handbuch der Heimerziehung, S.1079 ff. (zitiert: Sieverts, Handbuch der Heimerziehung), Frankfurt, Berlin und Bonn 1961

- Sieverts Zusammenfassung der Arbeitsergebnisse des 13. Deutschen Jugendgerichtstages, in: Erstkriminalität und Frühkriminalität, a.a.O., S. 148 ff. (zitiert: Sieverts Zusammenfassung der Arbeitsergebnisse des 13. Dt. Jugendgerichtstages), 1965
- Simonsohn Der junge Mensch vor Gericht, Gedanken zur Neugestaltung des Rechts im Geiste demokratischer Erziehung, Referat, gehalten auf dem Sozialarbeitertreffen der Arbeiterwohlfahrt in Berlin, auszugsweise abgedruckt in: Neues Beginnen, Zeitschrift der Arbeiterwohlfahrt 1964, S. 97 ff.
- Schütze Die Anordnung der Fürsorgeerziehung nach dem Jugendgerichtsgesetz, in: UJ 1956, 131 ff.
- Spranger Psychologie des Jugendalters, 25. Aufl., Heidelberg 1957
- Stutte Reife und Strafmündigkeit der Jugendlichen, in: BlWohlPfl 1953, 336 ff. (zitiert: Stutte BlWohlPfl...)
- Stutte Grenzen der Sozialpädagogik, in: Neue Schriftenreihe des AFET Heft 12, Hannover 1958 (zitiert: Stutte, Grenzen der Sozialpädagogik)
- Stutte Zur organischen Gestaltung der Hauptverhandlung, in: MonschrKrim 1961, 121 ff.
- Stutte Die sogenannte "medizinische Erziehbarkeit" im Jugendwohlfahrtsgesetz, in: RdJ 1965, 117 ff. (zitiert: Stutte RdJ...)
- Stutte Zusammenfassender Bericht über die Beratungen des Arbeitskreises I des 13. Dt. Jugendgerichtstages, in: Erstkriminalität und Frühkriminalität, a.a.O., S. 48 ff. (zitiert: Stutte, Erstkriminalität und Frühkriminalität), 1965
- Ullrich Die Auswahl der richterlichen Maßnahmen aus der Sicht der Jugendgerichtshilfe, in: Erstkriminalität und Frühkriminalität, a.a.O., S. 48 ff., 1965

- Vins Zusammenfassender Bericht des Ergebnisses der Arbeitsgemeinschaft II: Zusammenarbeit zwischen Gericht, Jugendbehörde und Heim, in: Neue Schriftenreihe des AFET Heft 14/1960, S. 115 ff.
- Werner Jugendstrafe und Fürsorgeerziehung, in: Schriftenreihe des Fliedener-Vereins Rockenberg, Nr. 32, Juni 1964
- Wolff Verwaltungsrecht I, Ein Studienbuch, 6. Aufl., München und Berlin 1965
- Zoepfel Die peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karl V. nebst der Bamberger und Braunschweiger Halsgerichtsordnung, 3. Ausgabe, Leipzig und Heidelberg 1883

Einleitung

Will man sich vom rechtlichen Standpunkt aus mit der Fürsorgeerziehung im Jugendgerichtsgesetz beschäftigen, so empfiehlt es sich, von den die Fürsorgeerziehung unmittelbar oder mittelbar betreffenden gesetzlichen Bestimmungen (§§ 3 S.2, 5 I u. II, 9 Ziff. 3, 12, 34 II, 53, 55 I 2, 104 IV JGG) auszugehen und diese Vorschriften auf ihre Problematik hin zu untersuchen, bevor man sich - von der rechtlichen Sicht her - einer so umfassenden Frage stellt, ob es zweckmäßig und sinnvoll ist, dem Jugendrichter im Rahmen der Jugendgerichtsbarkeit die Anordnung von Fürsorgeerziehung zu ermöglichen.¹⁾

1. Gerade diese letzte Frage wird sehr unterschiedlich beantwortet und ist Gegenstand abweichender Reformvorschläge geworden. Zum Beispiel glaubt Hellmer, die Fürsorgeerziehung passe nicht in das Rechtsfolgesystem des Jugendstrafrechts, gehöre "einer anderen Welt" dem Jugendwohlfahrtsrecht an²⁾ und der Jugendrichter solle sie - de lege ferenda - nur noch bei reifebedingter Unverantwortlichkeit des Jugendlichen anordnen können.³⁾

1) Nach den Vorschriften des Jugendgerichtsgesetzes werden etwa 5 bis 10% aller auf Grund richterlicher Anordnung in Fürsorgeerziehung befindlichen Jugendlichen durch den Jugendrichter eingewiesen. Sieverts spricht von ca.5% (Handbuch der Heimerziehung S.1088 Anm.1), Jans von ca. 10% (a.a.O.,S.94) nach Potrykus (§ 12 Bem. 3 c) sind 1950/51 6,6% aller im Bundesgebiet angeordneten Fürsorgeerziehungen durch den Jugendrichter erfolgt; nach Werner (a.a.O.,S.8 Anm. 2 a) wurden 1962 im Rheinland von 1012 rechtskräftigen endgültigen Überweisungen in Fürsorgeerziehung 58 (= 5,7 %) durch Jugendgerichte vorgenommen.

2) Hellmer, Erziehung und Strafe, S. 213

3) Und dies auch nur dann, wenn der Zustand, auf dem der Mangel der Reife beruhe, weitere erhebliche Straftaten besorgen lasse (Hellmer, Schuld und Gefährlichkeit, S. 61).

Riedel¹⁾ möchte in einer Reform Jugendgericht und Vormundschaftsgericht strikt getrennt sehen und die Fürsorgeerziehung nur noch dem Vormundschaftsrichter zugestehen. Zahlreiche andere Autoren²⁾ wollen die Fürsorgeerziehung im Jugendgerichtsgesetz belassen, empfehlen aber für den Regelfall ihre Verweisung im Rahmen des § 53 JGG an den Vormundschaftsrichter; ausnahmsweise solle jedoch auch der Jugendrichter Fürsorgeerziehung anordnen können. Roestel³⁾ schließlich hält jene sozialpädagogischen Bedenken für widerlegt, die gegen eine Anordnung von Fürsorgeerziehung im Jugendstrafverfahren vorgebracht werden, und nennt zahlreiche Gründe für die Zweckmäßigkeit der Fürsorgeerziehung im Rahmen des jugendrichterlichen Verfahrens.

Auch der Allgemeine Fürsorgeerziehungstag (AFET) ist in dieser Frage zu keiner einheitlichen Stellungnahme gelangt. Bei der Tagung des AFET vom 10. - 13.5.1960 in Berlin kam nach Referaten von Kober und Jans⁴⁾, in denen diese empfahlen, die Fürsorgeerziehung aus der mißverständlichen Nähe der Strafe zu entfernen⁵⁾ und sie nur noch vom Vormundschaftsrichter anordnen zu lassen⁶⁾, die Arbeitsgemeinschaft I, Berichterstatter Becker, "nach eingehender Überlegung des Für und Wider zu dem Ergebnis, daß man es bei der jetzigen Zuständigkeitsverteilung belassen solle, daß also auch der Jugendrichter die Möglichkeit haben solle, Fürsorgeerziehung zu verhängen".⁷⁾ In der Arbeitsgemeinschaft II, Berichterstatter Vins, er-

1) JWG Einl. 2; § 55 V 11 u. 16 a.E.; JGG Einl. E 1 ff, § 3 Anm. 1 a.E.

2) s.o. 5. Kap. S. 121 Anm. 1 u. S. 122

3) a.a.O., S. 21 ff.

4) a.a.O., 60 ff. und S. 73 ff.

5) a.a.O., S. 92; anders Kober, a.a.O., S. 67

6) a.a.O., S. 94

7) Heft 14 d. Schriftenreihe des AFET, S. 113

örterte man ebenfalls die angeschnittene Frage, jedoch "eine eindeutige Mehrheit für die eine oder andere Methode ergab sich nicht".¹⁾ In dem Abschlußreferat faßte Janssen das Ergebnis der Tagung in dem hier interessierenden Punkt mit den Worten zusammen:²⁾ "Offen geblieben ist z. B. eine so wichtige Frage, wie die nach der Befugnis des Jugendrichters, im Rahmen der Jugendgerichtsbarkeit Fürsorgeerziehung anzuordnen. Um diese Frage beantworten zu können, wird voraussichtlich erst die Frage nach dem Verhältnis von Strafe und Erziehung schärfer ins Auge gefaßt werden müssen."

2. In den gesetzlichen Regelungen des 19. Jahrhunderts war diese Frage noch nicht problematisch. Das Jugendstrafrecht stand ganz unter dem Strafgedanken; Erziehungsmaßnahmen kamen grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn festgestellt wurde, daß der jugendliche Täter das zur Erkenntnis der Unrechtmäßigkeit seines Tuns erforderliche Unterscheidungsvermögen nicht besaß. Dann erfolgte in der Regel die Einweisung in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt, die sich von den Strafanstalten nicht wesentlich unterschieden.³⁾

Eine solche Regelung tritt wohl zum ersten Mal in Frankreich im Code pénal Décret du 25. Septembre 1791, 1. Buch, Tit. 5, Art. 2 in Erscheinung.⁴⁾ Sie wurde dann in das französische Gesetzbuch vom 12.2.1810 (Art. 66) übernommen und schließlich zum Vorbild der Behandlung jugendlicher Rechtsbrecher in der Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts (so z.B. § 42 des Strafgesetzbuches für die preussischen Staaten vom 14.4.1851).⁵⁾

1) Heft 14 d. Schriftenreihe des AFET, S. 117

2) Heft 14.d. Schriftenreihe des AFET, S. 121

3) Holzschuh, a.a.O., S. 154

4) Holzschuh, a.a.O., S. 151

5) Ebenda, S. 152

Diese Regelung übernimmt auch das Strafgesetzbuch des Deutschen Reiches vom 15.1.1871, das in § 55 I bestimmt: "Wer bei Begehung der Handlung das 12. Lebensjahr nicht vollendet hat, kann wegen derselben strafrechtlich nicht verfolgt werden". Für die 12 bis 18jährigen wurde eine relative Strafmündigkeit eingeführt (§ 56 I): "Ein Angeeschuldigter, welcher zu einer Zeit, als er das 12. aber nicht das 18. Lebensjahr vollendet hatte, eine strafbare Handlung begangen hat, ist freizusprechen, wenn er bei Begehung derselben die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht nicht besaß." Stellte sich die mangelnde Einsichtsfähigkeit heraus, so war der Betreffende freizusprechen, er wurde wie ein absolut Strafunmündiger behandelt.

Gemäß §§ 55, 56 II RStGB 1871 konnten Strafunmündige und die 12 bis 18jährigen Jugendlichen, bei denen das Gericht die strafrechtliche Verantwortlichkeit verneint hatte, der Zucht ihrer Familien überwiesen, oder in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt untergebracht werden.¹⁾ Reichsgesetzlich wurde die Fürsorgeerziehung - damals "Zwangserziehung" genannt - also zuerst unter kriminalpolitischem Gesichtspunkt als Strafersatz geregelt.²⁾ Der § 56 II RStGB ist am ehesten mit dem heutigen § 3 S. 2 JGG zu vergleichen; zu § 55 II 2 RStGB gibt es im Jugendgerichtsgesetz keine Entsprechung, da der Jugendrichter bei Kindern unter 14 Jahren keine Kompetenzen mehr hat. Die

1) § 55 II 2 RStGB: "Insbesondere kann die Unterbringung in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt erfolgen."

§ 56 II: "Im Urteil ist zu bestimmen, ob er seiner Familie überwiesen oder in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt gebracht werden soll."

2) Friedeberg-Polligkeit, Vorb. zu Abschnitt VI Ziff. 3 (S. 436, 437)

Anordnung der "Zwangserziehung" als reguläres Reaktionsmittel aus Anlaß der Tat eines verantwortlichen Jugendlichen gab es damals noch nicht und ist erst durch das Jugendgerichtsgesetz von 1923 mit den "Erziehungsmaßregeln" eingeführt worden.

Auch die Novelle zum RStGB vom 26.2.1876 folgte noch der kriminalpolitischen Betrachtungsweise, indem sie auch bei Strafmündigen die Einweisung in eine Erziehungsanstalt an die Feststellung einer mit Strafe bedrohten Handlung knüpfte. Die Feststellung hatte jedoch für diesen Fall schon das Vormundschaftsgericht zu treffen¹⁾, das in dem Beschluß außerdem die Unterbringung für zulässig zu erklären hatte. Bei den 12 bis 18jährigen sprach jedoch nach wie vor der Strafrichter die Einweisung in Zwangserziehung aus.²⁾

In der Landesgesetzgebung z. B. in Baden (1886), in Hessen und Hamburg (1887), in Elsaß-Lothringen (1890), zielte die Gesetzgebung schon bald auf eine vom Erwachsenenstrafrecht unabhängige Erziehungsfürsorge.³⁾ Eine unabhängige "Zwangserziehung" legalisierte schließlich Art. 135 EGBGB: "Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Zwangserziehung Minderjähriger. Die Zwangserziehung ist jedoch, unbeschadet der Vorschriften der §§ 55, 56 des Strafgesetzbuches, nur zulässig, wenn sie von dem Vormundschaftsgericht angeordnet wird. Die Anordnung kann

-
- 1) Friedeberg-Polligkeit, a.a.O.; Potrykus, JWG Einf. vor § 56 Anm. 4; Jans-Happe, Vorb. zu VI 2 B, S. 376
 - 2) Oppenhoff, Anm. zu §§ 55, 56, insbesondere Anm. 15 zu § 56: "Diese Unterbringung in einer Anstalt ist keine Strafe."
 - 3) anders noch das Zwangserziehungsgesetz von Preußen (1878), das nur 6 bis 12jährige umfaßt (s. Muthesius, RJWG Vorb. zu § 56).

außer den Fällen der §§ 1666, 1838 des Bürgerlichen Gesetzbuches nur erfolgen, wenn die Zwangserziehung zur Verhütung des völligen sittlichen Verderbens notwendig ist."¹⁾

Die zahlreichen Fürsorgeerziehungsgesetze der Länder galten "unbeschadet der Vorschriften der §§ 55, 56" RStGB; die Fürsorgeerziehung gehörte von nun an zwei Bereichen an, dem Strafrecht als kriminalpolitische Maßnahme bei nichtverantwortlichen Kindern und Jugendlichen und dem Wohlfahrtsrecht "zur Verhütung völligen sittlichen Verderbens."

Diese "Zweispurigkeit" der Fürsorgeerziehung wurde auch noch im Reichsjugendwohlfahrtsgesetz vom 9.7.1922 und Reichsjugendgerichtsgesetz vom 16.2.1923 aufrecht erhalten. Das grundlegend Neue war jedoch, daß die Fürsorgeerziehung im Jugendgerichtsgesetz von 1923 auch an Stelle anderer Maßnahmen, z. B. der Jugendstrafe bei strafrechtlich verantwortlichen Tätern angeordnet werden konnte und nach §§ 5 I, 9 Ziff. 3, 12 JGG heute noch angeordnet werden kann. Diesen grundlegenden Unterschied zu dem Reichsstrafgesetzbuch von 1871 verkennen Jans-Happe²⁾, wenn sie in der Fürsorgeerziehung im heutigen Jugendstrafrecht "die letzten Reste"³⁾ dieser im strafrechtlichen Denken verhafteten Maßnahmen finden" wollen. Der Anwendungsbereich der Fürsorgeerziehung ist im Gegenteil mit dem Jugendgerichtsgesetz von 1923 nicht unerheblich erweitert worden.

1) zitiert bei Potrykus, JWG Einf. vor § 56
Anm. 4

2) JWG Vorb. zu VI 2 B S. 376

3) Unterstreichung vom Verfasser

3. Mit der Erörterung der rechtlichen Fragen, die sich bei der Anordnung der Fürsorgeerziehung als regulärer jugendrichterlicher Maßnahme (§§ 5 I, 9 Ziff. 3, 12 JGG) ergeben, soll die Untersuchung begonnen werden (1. Kapitel). Dem wird im 2. Kapitel die andere Möglichkeit, im Jugendverfahren bei nicht verantwortlichen Jugendlichen Fürsorgeerziehung anzuordnen (§ 3 S. 2 JGG), gegenübergestellt werden. Gegenstand der Erörterungen im 3. Kapitel wird die Stellung der vorläufigen Fürsorgeerziehung im Jugendstrafrecht sein. Nach einem kurzen Blick auf Durchführung und Beendigung der Fürsorgeerziehung, wie sie sich vom Jugendrichter aus darstellen (4. Kapitel), sollen Fragen erörtert werden, die bei der Überweisung der Fürsorgeerziehung an den Vormundschaftsrichter (§ 53 JGG) auftauchen (5. Kapitel). Den Schluß wird eine Zusammenfassung der Ergebnisse und ein Ausblick auf die Stellung der Fürsorgeerziehung in einem künftigen Jugendrecht bilden. Damit wird gleichzeitig zu der eingangs gestellten Frage, ob es sinnvoll ist, dem Jugendrichter die Anordnung von Fürsorgeerziehung zu ermöglichen, von der rechtlichen Sicht her eine Antwort versucht werden.

1. Kapitel

Die Anordnung der Fürsorgeerziehung als Erziehungsmaßregel

(§§ 5 I, 9 Ziff. 3, 12 JGG, 64 ff. JWG)

Nach § 5 I JGG können aus Anlaß der Straftat eines Jugendlichen Erziehungsmaßregeln, zu denen nach § 9 Ziff. 3 JGG auch die Fürsorgeerziehung gehört, angeordnet werden. Gemäß § 12 JGG bestimmen sich "die Voraussetzungen, die Ausführung sowie die Beendigung der Fürsorgeerziehung nach den Vorschriften über Jugendwohlfahrt" (§§ 64 ff. JWG).

- I. Wenn § 5 I JGG nur von der Straftat eines Jugendlichen (14 bis 18jährigen, § 1 II JGG) spricht, so findet diese Vorschrift doch auch auf solche Heranwachsenden (18 bis 21jährigen, § 1 II JGG) Anwendung, die zur Zeit der Tat ihrer sittlichen und geistigen Entwicklung nach noch einem Jugendlichen gleichstanden (§ 105 I 1 JGG) oder eine typische Jugendverfehlung begangen haben (§ 105 I Ziff. 2 JGG).

Da § 12 JGG für die Anordnung der Fürsorgeerziehung auf die Voraussetzung^{en} des Jugendwohlfahrtsgesetzes verweist, und § 64 Satz 1 JWG die Anordnung der Fürsorgeerziehung nur bei einem Minderjährigen zuläßt, der das 20. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, ist der Kreis der Heranwachsenden, bei denen über § 105 I JGG Fürsorgeerziehung angeordnet werden kann, auf die 18 bis 20jährigen beschränkt. Ausnahmsweise kann bei einem Minderjährigen nach Vollendung des 20. Lebensjahres noch

Fürsorgeerziehung angeordnet werden, wenn er zur Zeit der Anordnung der endgültigen Fürsorgeerziehung bereits unter vorläufiger Fürsorgeerziehung (§ 67 I JWG) steht und letztere vor dem 20. Lebensjahr veranlaßt war (§ 67 IV JWG). In jedem Falle endet die Fürsorgeerziehung spätestens mit der Volljährigkeit (§ 75 I JWG).¹⁾

- II. Bei dem genannten Kreis von Minderjährigen darf die Fürsorgeerziehung nach §§ 5 I, 9 Ziff. 3 JGG nur aus Anlaß einer Straftat angeordnet werden.

Der Begriff "Straftat" in § 5 I JGG steht im Gegensatz zu dem der "Verfehlung" in § 1 I JGG und meint eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaft Handlung, während mit "Verfehlung" nur der objektiv-rechtswidrige Verstoß eines Jugendlichen gegen die Strafrechtsordnung umschrieben ist.²⁾

1. Die herrschende Meinung³⁾ folgert deshalb aus dem Wortlaut des § 9 I JGG "Aus Anlaß der Straftat eines Jugendlichen können Erziehungsmaßregeln angeordnet werden", daß es zur Anordnung von Für-

1) Der Einfachheit halber wird im folgenden nur von "Jugendlichen" oder "Minderjährigen" gesprochen, die der Fürsorgeerziehung unterliegen.

2) einhellige Meinung, so z.B.: Potrykus, § 5 Bem.2 (in § 1 Bem. 1 allerdings mißverständlich formuliert: "Verfehlung ist gleichbedeutend mit Straftat"); Dallinger-Lackner, § 1 Anm. 26; § 5 Anm. 8, § 9 Anm. 12; Grethlein, § 1 Anm. 1 a, § 5 Anm. 2, § 9 Anm. 3; Riedel, § 5 Anm. 3; Schaffstein, S. 57; Hellmer, Erziehung und Strafe, S. 156;; für das RJGG z.B. Kümmerlein, § 1 Anm. 3; Ender, § 1 Anm. 20

3) Dallinger-Lackner, § 5 Anm. 8, § 9 Anm. 12; Grethlein, § 9 Anm. 3; Jagusch im Leipziger Kommentar § 9 Anm. 3; Riedel, § 5 Anm. 3; Schaffstein, S. 57; Hellmer, Erziehung und Strafe, S. 156; Hellmer, Schuld und Gefährlichkeit, S. 38/39

sorgeerziehung im Rahmen der §§ 5 I, 9 Ziff. 3 JGG der Prüfung und im Urteil der Feststellung¹⁾ der jugendstrafrechtlichen Verantwortlichkeit (§ 3 Satz 1 JGG) bedarf.

Anderer Ansicht ist de lege lata - soweit ersichtlich - nur Potrykus.²⁾ Seiner Meinung nach setzt die Anordnung der Erziehungsmaßregeln keine Schuldfähigkeit des Jugendlichen, sondern lediglich eine Verfehlung im Sinne von § 1 JGG voraus.³⁾

Eine nähere Begründung seiner Ansicht gibt Potrykus an dieser Stelle nicht, wenn man den im Text folgenden Hinweis auf § 3 Satz 2 JGG nicht als Begründung ansehen will.

Die herrschende Meinung⁴⁾ wendet sich aus verschiedenen Gründen gegen die Ansicht von Potrykus. In Verbindung mit dem Argument, daß Erziehungsmaßregeln aus Anlaß einer "Straftat" angeordnet werden und deshalb von dem Begriff "Straftat" her bereits die Schuldfähigkeit Tatbestandsvoraussetzung des § 5 I JGG sei, wird auf die Stellung des § 5 im System des JGG verwiesen: § 3 Satz 1 JGG begründe das Schuldprinzip für alle in § 5 JGG aufgezählten Rechtsfolgen einer Jugendstraftat; lediglich § 3 Satz 2 JGG enthalte eine ausdrückliche Ausnahme von diesem Prinzip und spreche deshalb in bewußtem Gegensatz zu § 3 Satz 1 nur von vormundschaftsrichterlichen Maßnahmen, nicht von Erziehungsmaßregeln.⁵⁾ Bei letzteren handele es sich

1) Bei jeder Verurteilung eines Jugendlichen ist im Urteil eine ausdrückliche Feststellung und Begründung der reifebedingten Verantwortlichkeit erforderlich. So: Potrykus, § 3 Bem. 2; Dallinger-Lackner, § 3 Anm. 23

2) § 9 Bem. 5

3) § 9 Bem. 5

4) s.o.S. 9 Anm. 3

5) so vor allem Grethlein, § 9 Anm. 3 und Dallinger-Lackner, § 3 Anm. 43, § 5 Anm. 8, § 9 Anm. 12 und 1. Aufl., § 9 Anm. 12

um eine andere Kategorie, als bei den vormundschaftsrichterlichen Maßnahmen des § 3 S. 2 JGG.

2. Für die Anordnung der Fürsorgeerziehung im Jugendstrafverfahren ist diese Streitfrage von untergeordneter praktischer Bedeutung, da nach § 3 Satz 2 JGG der Jugendrichter auch bei einem mangels Reife nicht verantwortlichen Jugendlichen Fürsorgeerziehung anordnen kann.¹⁾ Eine gewisse Bedeutung behält die Frage jedoch dadurch, daß der Jugendrichter - folgt man der herrschenden Meinung - das Vorliegen einer Straftat, das heißt, auch die Verantwortlichkeit nach § 3 Satz 1 JGG, feststellen muß, während er der Meinung von Potrykus folgend die jugendstrafrechtliche Reife dahingestellt sein lassen kann.

- a) Potrykus ist zuzugeben, daß es bei der Anordnung von Fürsorgeerziehung im Jugendgerichtsgesetz nicht einleuchtet, warum man dem Jugendrichter bei ihrer Anordnung im Rahmen der §§ 5 I, 9 Ziff. 3 JGG die Prüfung der Verantwortlichkeit nach § 3 Satz 1 JGG zumuten soll, wenn der Richter bei fehlender Verantwortlichkeit ebenfalls nach § 3 Satz 2 JGG Fürsorgeerziehung anordnen kann.²⁾

1) Erheblicher ist die Frage, ob der Jugendrichter die reifebedingte Verantwortlichkeit zu prüfen hat, für die Weisungen (§§ 9 Ziff. 1, 10 JGG): Nach § 3 S. 2 JGG kann der Jugendrichter bei mangelnder Verantwortlichkeit keine Weisungen anordnen (so z.B. Schaffstein, S. 57). Die Erteilung von Weisungen gehört nicht zu den in dieser Vorschrift genannten vormundschaftsrichterlichen Aufgaben (Grethlein, § 3 Anm. 5 a; Dallinger-Lackner, § 3 Anm. 43; a.A. Potrykus, § 3 Bem. 10).

2) Ebenso fragt Hellmer (Schuld und Gefährlichkeit, S. 41): "Muß er (der Jugendrichter) die unter Umständen schwierig zu beantwortende Frage nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Jugendlichen beantworten, oder kann er sie womöglich dahingestellt sein lassen, weil Fürsorgeerziehung von ihm auch ohne Verantwortlichkeit angeordnet werden kann?"

Die Meinung von Potrykus erscheint auch verständlicher, wenn man sie im Zusammenhang mit der von verschiedenen Seiten, unter anderen auch von Potrykus selber erhobenen Kritik an § 3 S.1 JGG sieht. Potrykus¹⁾ erwägt nämlich - unter Hinweis auf das französische Jugendrecht -, ob man nicht de lege ferenda auf das Erfordernis der Reife-feststellung des § 3 Satz 1 JGG bei den Erziehungsmaßregeln und Zuchtmitteln (mit Ausnahme des Jugendarrestes) ganz verzichten und die Rechts-folgemaßnahmen alleine nach der Persönlichkeit des Täters und den Tatumständen bestimmen sollte.

- b) Zur Beantwortung der gestellten Frage, ob de lege lata bei der Anordnung der Fürsorgeerziehung als Erziehungsmaßregel die reifebedingte Verantwortlichkeit nach § 3 S. 1 JGG Anordnungsvoraussetzung ist, braucht auf diese Grundlageⁿproblematik²⁾ nicht eingegangen zu werden.

An erster Stelle jeder Auslegung steht die Wortinterpretation.³⁾ Wenn es in § 5 I JGG heißt, daß "Anlaß" der Anordnung von Erziehungsmaßregeln eine Jugendstraftat ist, so ist durch den Gesetzeswortlaut klargestellt, daß ohne "Straftat" eine Erziehungsmaßregel nicht angeordnet werden darf. Das Wort "Straftat" ist nach dem besonderen juristischen Sprachgebrauch des Jugendgerichts-gesetzes zu interpretieren.⁴⁾ Die einhellige Meinung und Potrykus selbst verstehen das Wort "Straftat" in § 5 JGG als tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaft Handlung.⁵⁾

1) § 3 Bem. 1 a. E.

2) vergl. Grethlein, § 3 Anm.1; Bresser, ZStW 74 (1962), 579; Schaffstein, a.a.O., S.57 Anm. 1; Stutte, Reife und Strafmündigkeit d. Jugendlichen, BlWohlfPfl 1953, 336; MonschrKrim 1955, 58; Hellmer, NJW 64, 177, 179 f; u.a.

3) Bartholomeyczik, a.a.O., S. 18

4) Bartholomeyczik, a.a.O.

5) s. o. S. 9 Anm. 2)

Auch die systematische Interpretation und Sinn-
deutung des § 5 I JGG, die von der Wortinterpre-
tation hier nicht zu trennen ist, führt zu kei-
nem anderen Ergebnis: § 1 I JGG spricht im Gegen-
satz zu § 5 I JGG nur von "Verfehlung", nicht von
"Straftat", um sämtliche, auch die nicht schuld-
haften Taten eines Jugendlichen zu umschreiben,
die den Jugendrichter zu einer Maßnahme ermäch-
tigen.

Meint der dem § 3 JGG vorgeordnete § 1 JGG jede
tatbestandsmäßig-rechtswidrige Handlung, so liegt
es nahe, bei den §§ 4, 5 JGG, die der Schuldfest-
stellung des § 3 S. 1 systematisch nachgeordnet
sind, das Wort "Straftat" im Sinne einer tatbe-
standsmäßigen, rechtswidrigen und schuldhaften
Tat zu verstehen. Dafür spricht vor allem, daß
§ 3 S.2 JGG als ausdrückliche Ausnahme vom
Schuldprinzip des § 3 S.1 JGG nicht von "Erzie-
hungsmaßregeln", sondern im bewußten Gegensatz
zu § 5 I JGG von Maßnahmen spricht, wie sie
auch der Vormundschaftsrichter anordnen kann.¹⁾
Da die Weisungen des § 9 Ziff. 1 JGG nicht zu
dem Repertoire des Vormundschaftsrichters gehö-
ren, dürfen sie im Rahmen des § 3 S. 2 JGG auch
nicht angeordnet werden.

Es ist aber nicht zu sehen, wie der Gesetzgeber
mit dem Wortlaut der §§ 5 I, 9 JGG für die Wei-
sungen auf der einen, Erziehungsbeistandschaft
und Fürsorgeerziehung auf der anderen Seite un-
terschiedliche Voraussetzungen hätte aufstellen
sollen. Aus einer anderen Vorschrift ist dies
ebensowenig abzuleiten.

1) Dallinger-Lackner, § 5 Anm. 8 u. § 3 Anm. 43;
Grethlein, § 9 Anm. 3

Auch wäre eine die Fürsorgeerziehung betreffende Regelung in § 3 S. 2 JGG in diesem Umfang überflüssig, wenn der Gesetzgeber der Meinung gewesen wäre, der Jugendrichter könne bereits nach §§ 5 I, 9 Ziff. 2 und 3 auch bei fehlender Reife Fürsorgeerziehung und Erziehungsbeistandschaft anordnen.

- c) Die de lege ferenda diskutabile Meinung von Potrykus, die Anordnung von Erziehungsmaßregeln setze nicht die Prüfung der Schuldfähigkeit voraus, ist mit dem Wortlaut und System des geltenden Jugendstrafrechts nicht zu vereinbaren. Die Anordnung der Fürsorgeerziehung nach §§ 5 I, 9 Ziff. 3, 12 JGG erfordert die Feststellung der jugendstrafrechtlichen Verantwortlichkeit.¹⁾

Die Erörterungen haben darüber hinaus gezeigt, daß das Gesetz bei der Anordnung der Fürsorgeerziehung nach § 5 I JGG verlangt, die reifebedingte Verantwortlichkeit festzustellen, obwohl der Richter, auch wenn der Jugendliche mangels Reife nicht verantwortlich ist, Fürsorgeerziehung anordnen kann, nur eben nicht als Erziehungsmaßregel.

Diese Feststellung wirft eine weitere Frage auf: Ändert sich der Charakter der Fürsorgeerziehung als jugendrichterliche Rechtsfolgemaßnahme, je nachdem, ob sie bei vorhandener Verantwortlichkeit und Reife als Erziehungsmaßregel oder bei mangelnder Reife als quasivormundschaftsrichterliche Maßnahme angeordnet wird? Ist eine solche Unterscheidung auch für den betroffenen Jugendlichen erkennbar und wesentlich?

Diese Fragen müssen noch zurückgestellt werden,

1) Dallinger-Lackner, § 5 Anm. 8 u. § 9 Anm. 12;
Jagusch LK, § 9 Anm. 3; Grethlein, § 9 Anm. 3;
Hellmer, Schuld und Gefährlichkeit, S. 58; u.a.

bis auch die Anordnung der Fürsorgeerziehung nach § 3 S. 2 JGG behandelt ist.

III. Folgt man dem Gesetzeswortlaut des § 5 I JGG, so liegt es nahe, nach den Tatbestandsmerkmalen "Straftat" und "eines Jugendlichen" die Voraussetzung "aus Anlaß" (der Straftat eines Jugendlichen) zu prüfen, um zu sehen, ob und welche Bedeutung diese Formulierung für die Anordnung der Fürsorgeerziehung im Jugendverfahren hat.

"Aus Anlaß" einer Jugendstraftat werden nach § 5 I JGG nur Erziehungsmaßregeln angeordnet, während mit Zuchtmitteln oder Jugendstrafe die Straftat "geahndet" wird (§ 5 II JGG).

1. Vor allem Goebel¹⁾ und Pentz²⁾ folgern aus diesem unterschiedlichen Sprachgebrauch des Gesetzes einen "wesenhaften Unterschied"³⁾ zwischen Erziehungsmaßregeln auf der einen und Zuchtmitteln und Jugendstrafe auf der anderen Seite. Den Zuchtmitteln und der Jugendstrafe hafte im Gegensatz zu den Erziehungsmaßregeln "repressiver Charakter"³⁾ an; die diesen eigene Erziehungsfunktion finde im Hinzutreten der Sühne- und Vergeltungsfunktion ihre besondere Ausprägung, meint Goebel. Demgegenüber seien die Erziehungsmaßregeln gekennzeichnet durch den Verzicht auf das Züchtigungs- bzw. Strafelement.⁴⁾ Diese Ansicht wird noch von der amtlichen Begründung zu den Weisungen (§ 10 JGG) gestützt, die danach "ohne sühnenden Charakter ausschließlich der Erziehung des Jugendlichen dienen" sollen.⁵⁾

1) in NJW 54, 15 f.

2) in NJW 54, 337

3) Goebel, a.a.O., S. 16

4) Goebel, a.a.O., S. 16

5) zitiert bei Dallinger-Lackner, 1. Aufl., S. 138/139; Hellmer, Erziehung und Strafe, S. 214 Anm. 31

2. Die überwiegende Meinung¹⁾ in der Literatur wendet sich gegen diese stark antithetische Sicht von Erziehungsmaßregeln auf der einen, Zuchtmitteln und Jugendstrafe auf der anderen Seite.

Eine Reihe von Autoren billigen den Erziehungsmaßregeln in unterschiedlichem Umfang auch repressiven bzw. tatvergeltenden bzw. sühnenden Charakter zu.

Als Beispiele seien einige Stellungnahmen angeführt:

- a) Dallinger-Lackner²⁾ wenden sich gegen die Meinung von Goebel: Gerade die Fürsorgeerziehung, die trotz ihres ausschließlichen Erziehungszweckes unter Umständen erheblichen Übelcharakter habe, und deshalb als eine Art Vergeltung aufgefaßt werden könne, widerlege die Meinung von Goebel und Pentz. Aus erzieherischen Gesichtspunkten könnten die Erziehungsmaßregeln auch als Repression fühlbar werden, wenn man damit dem Gerechtigkeitsstreben des Jugendlichen entgegenkomme³⁾, und die Maßnahme in Zukunft als Warnung diene. Diese außerhalb des gesetzlichen Zweckes der Weisungen liegenden Nebenzwecke dürften allerdings nicht für die Anordnung der Erziehungsmaßregeln ausschlaggebend sein. Auch bei Berücksichtigung der repressiven Begleiterscheinungen der Maßnahme seien es insgesamt auf die Zukunft gerichtete erzieherische Überlegungen, die Art und Umfang der Erziehungsmaßregeln bestimmen müßten.

1) s. u. a) - e) (S. 16-19)

2) § 10 Anm. 2; § 5 Anm. 12

3) so außer Dallinger-Lackner, § 10 Anm. 2, auch Potrykus, NJW 54, 821; UJ 54, 437 (442); Hinrichsen, RdJ 54, 315; Vins, UJ 55, 97 (99)

- b) Potrykus¹⁾ will die Erziehungsmaßregeln ebenfalls nicht zur Ahndung (= Sühne) der Straftat angeordnet wissen, sondern eben nur "aus Anlaß" der Straftat, sofern diese ein Symptom für die Erziehungsbedürftigkeit des Jugendlichen darstelle. Er meint, bei der Anordnung der Erziehungsmaßregeln werde dem Jugendrichter zugleich eine vormundschaftsrichterliche Aufgabe eingeräumt. Potrykus bestreitet nicht, daß die Erziehungsmaßregeln vom Betroffenen auch repressiv empfunden werden können. Er fordert vielmehr, den Erziehungsgedanken durch die Beziehung zur Tat sinnvoll zu gestalten. Die anzuordnenden Erziehungsmaßregeln müßten deshalb im rechten Verhältnis zur Tat stehen.
- c) Die aus Anlaß der Straftat angeordneten Erziehungsmaßregeln betonen nach Grethlein²⁾ den Erziehungsgedanken. Da sie aber im Strafverfahren angeordnet würden, seien sie nicht ohne Sühnefunktion, wenn sie auch nicht als Sühne für die Tat angeordnet werden dürften. Auch die Fürsorgeerziehung trägt nach Grethlein Strafcharakter, da sie bei ihrer Anordnung nach §§ 5 I, 9 Ziff. 3 JGG mit dem im Strafurteil enthaltenen Unwerturteil verknüpft sei. Solange der Erziehungsgedanke der vorherrschende sei und die Auswahl der Erziehungsmaßnahmen um der Erziehung, nicht um der Sühne willen erfolge, stehe der Berücksichtigung des Sühnegedankens nichts im Wege. Grethlein meint, man müsse die Berücksichtigung des Sühnegedankens aus erzieherischen Gründen sogar fordern.³⁾ Art und Umfang der Erziehungsmaßregeln

1) § 5 Bem. 3; § 9 Bem. 1; § 10 Bem. 1;
NJW 54, 821; UJ 54, 437 (442)

2) § 5 Anm. 3 a)

3) § 9 Anm. 4 b) (2)

werde daher - im Gegensatz zu der Ansicht von Dallinger-Lackner (und zu seiner eigenen Ansicht in der ersten Auflage des Kommentars) - nicht allein durch die Erziehungsbedürftigkeit des Jugendlichen bestimmt. Die Erziehungsmaßregeln sollten nicht außer Verhältnis zur Tat stehen.¹⁾ Was Grethlein damit meint, wird in der Einführung seines Kommentars ausgesprochen: Bei den Erziehungsmaßregeln dürfe nicht nur um der Erziehung willen ohne Bezug zur Tat erzogen werden. Die Tat müsse vielmehr auch um der Erziehung willen geahndet werden. Deshalb hätten die anzuordnenden Maßnahmen sowohl dem Schuldgehalt der Tat als auch den erzieherischen Notwendigkeiten zu entsprechen.²⁾

- d) Schaffstein³⁾ unterscheidet klar zwischen den für den Richter maßgebenden Anordnungsvoraussetzungen der Erziehungsmaßregeln und dem subjektiven Empfinden des Jugendlichen. Bei der Anordnung der Erziehungsmaßregeln durch den Jugendrichter habe der Gesichtspunkt der Tatvergeltung außer acht zu bleiben. Dem Jugendlichen und auch der Allgemeinheit dagegen werde der Eingriff oft als Sühne der Straftat erscheinen⁴⁾, besonders dann, wenn es sich wie z. B. bei der Anordnung von Fürsorgeerziehung um eine umfassende Gesamterziehung unter staatlicher Aufsicht handle, die neben der Jugendstrafe den stärksten Eingriff in die Individualsphäre des Betroffenen darstelle.⁵⁾ Wenn die Sühnewirkung im Erziehungsinteresse liege, was meist der Fall sei, stehe sie nicht in Widerspruch zu den Absichten des

1) § 5 Anm. 3 a) a.E.

2) Einf. Anm. II 2 a) (1) (a) a.E.

3) a.a.O., S. 57 f., S. 65 ff.

4) a.a.O., S. 57

5) a.a.O., S. 65

Gesetzes.¹⁾ Bestünde dagegen die Gefahr, daß die Anordnung der Fürsorgeerziehung fälschlicherweise als Strafe aufgefaßt und dadurch in ihrer Erziehungswirkung gefährdet werde, so empfehle es sich, die Anordnung dem Vormundschaftsrichter zu überlassen.²⁾

Der Gesichtspunkt der "Tatvergeltung" darf also nach Schaffstein nur unter erzieherischen Gesichtspunkten Berücksichtigung finden.

- e) Hellmer³⁾ setzt sich eingehend mit den Meinungen von Goebel und Pentz auseinander. Jede richterliche Anordnung, hinter der Zwang stehe, so meint Hellmer, bedeute auch Repression. Es wäre psychologisch unrichtig, anzunehmen, der Jugendliche, der mit einer Erziehungsmaßregel belegt worden sei, ginge mit dem Gefühl nach Hause, eine Wohltat empfangen zu haben. Das Sühneelement sei es gerade, das im Jugendstrafrecht miterziehe. Erziehungsbefugnis und Schuldvergeltung ständen gleichberechtigt nebeneinander und diejenige Erziehungsmaßregel werde die beste sein, die beide Momente miteinander verbinde.⁴⁾ Diese Verbindung lasse sich abstrakt kaum bestimmen; die Grenzen zwischen Schuld und Erziehungsbedürftigkeit seien wegen ihres Verlaufs über weite Strecken psychischer Gegebenheiten nicht klar erkennbar.⁵⁾

1) a.a.O., S. 57

2) a.a.O., S. 65

3) Erziehung und Strafe, S. 105 ff, 117 ff, 128 ff, 214

4) Erziehung und Strafe, S. 216

5) Erziehung und Strafe, S. 216; aus dieser Feststellung, die u. E. weitgehende Bedeutung besitzt, zieht Hellmer leider nur für die Erziehungsmaßregeln Schlußfolgerungen. Hellmer neigt im Gegensatz zu dieser Feststellung sonst dazu, Erziehungsbedürftigkeit und Schuld, Erziehungs- und Schuldreaktion strikt zu trennen (s. u. S. 45 ff.).

3. Die Begriffe "Repression" und "Sühne" werden in recht unterschiedlicher Bedeutung gebraucht. Einmal dienen sie dazu, das innere Erlebnis des Täters auf die richterliche Reaktion bzw. auf die Tat zu beschreiben, ein anderes Mal werden sie zur Charakterisierung von richterlichen Maßnahmen (z.B. "repressive (sühnende) Reaktionsmittel") oder auch zur Begründung der Strafe selbst verwandt. Im letzteren Falle verdecken sie oft den unbeliebten Ausdruck "Vergeltung".¹⁾

- a) Zur Kritik des Begriffes "Repression" als Unterscheidungskriterium für Erziehungsmaßregeln auf der einen, Zuchtmittel und Jugendstrafe auf der anderen Seite, können wir uns den Ausführungen Hellmers in "Erziehung und Strafe" weitgehend anschließen.²⁾ Hinter allen Reaktionsmitteln des Jugendgerichtsgesetzes steht gleichermaßen staatlicher Zwang, der Jugendliche kann sich ihnen nicht entziehen. So gesehen sind alle Reaktionsmittel objektiv "repressiv".³⁾ Dabei enthalten manche Erziehungsmaßregeln, z. B. die Fürsorgeerziehung, einen objektiv umfassenderen Eingriff in die Rechte des Minderjährigen als die Zuchtmittel, z. B. die Verwarnung.⁴⁾

Der "objektive Repressionsgehalt" allein vermag deshalb keinen wesentlichen Unterschied zwischen Erziehungsmaßregeln und den anderen Rechtsfolgenmaßnahmen des Jugendgerichtsgesetzes zu begründen.

Versteht man den Begriff "Repression" dagegen im Sinne von "Vergeltungsreaktion auf schuldhaftes Fehlverhalten", so müßte nach den Forderungen

1) Roxin, a.a.O., S. 379

2) s. o. S. 19

3) Dies gilt selbst für die Anordnung der Fürsorgeerziehung durch den Vormundschaftsrichter.

4) Dazu ausführlich s. o. S. 44 ff., S. 53

von Goebel und Pentz der Schuldvergeltungsge-
danke als Begründung des staatlichen Eingriffs
bei den Erziehungsmaßregeln verboten, bei Zucht-
mitteln und Jugendstrafe dagegen (auch) zuge-
lassen sein. Dazu unter c).

Versteht man das Wort "Repression" subjektiv
als inneres Erlebnis des Jugendlichen, so kann
man daraus ebenfalls keinen "wesensmäßigen Un-
terschied" zwischen den Erziehungsmaßregeln auf
der einen und den anderen Reaktionsmitteln des
Jugendgerichtsgesetzes auf der anderen Seite ab-
leiten. Nur unter Negierung psychischer Realiti-
täten kann man fordern, der Jugendliche dürfe
die Erziehungsmaßregeln nicht als Übel empfinden,
dies sei nur bei Zuchtmitteln und Jugendstrafe
erlaubt.¹⁾

Wie "repressiv" der Jugendliche eine Maßnahme
empfindet, hängt von zahlreichen, vor allem auch
persönlichen Voraussetzungen und nicht zuletzt
davon ab, wie der Richter dem betreffenden Ju-
gendlichen den Sinn der Maßnahme nahebringen
wird. In der Regel wird der Jugendliche die An-
ordnung von Fürsorgeerziehung als härteren Ein-
griff empfinden als z. B. die Erteilung einer
Verwarnung, die Auferlegung besonderer Pflichten
oder auch den Jugendarrest. Es sollen^{oft} Fälle vor-
kommen, in denen Jugendliche eine begrenzte Ju-
gendstrafe der für unbestimmte Zeit angeordneten
Fürsorgeerziehung vorziehen.²⁾

- b) Ebenso ist es zwar möglich, zum Ausgleich ver-
schieden hoher Schuldbeträge unterschiedliche
Straftaxen festzulegen, es ist aber nicht möglich,

1) vergl. Hellmer, Erziehung und Strafe, S. 214

2) Schaffstein, a.a.O., S. 65

eine Maßnahme eo ipso mit einem bestimmten "Sühnegehalt" auszustatten.

- aa) Sühne als nicht erzwingbare subjektive seelische Leistung des Täters¹⁾, die schon erfolgt sein kann, bevor überhaupt Anklage erhoben ist, eine Leistung, die auch dann noch nicht vollbracht zu sein braucht, wenn eine längere Jugendstrafe verbüßt ist, kann bei Erziehungsmaßregeln und Zuchtmitteln gleichermaßen erfolgen.

Das besagt nicht, daß im Verfahren gegen Jugendliche nicht "Sühne" angestrebt werden sollte; sie stellt im Gegenteil ein wichtiges Ziel des Verfahrens und einen wichtigen Teil der Erziehung dar. Man darf es sich mit dieser Sühne aber nicht zu einfach machen, indem man sie "fertig abgepackt" verordnet. Man sollte im Gegenteil bei jedem einzelnen Jugendlichen fragen, ob hier erst die Voraussetzungen für wirkliche Sühne geschaffen werden müssen, ob ihm durch kurzfristige Maßnahmen überhaupt zur Sühne verholfen werden kann, oder ob der Jugendliche nicht bereits gesühnt hat, bevor es zur gerichtlichen Aburteilung gekommen ist und dem Richter z. B. nur noch die

1) so Krebs, a.a.O., S. 157 ff, S. 158:

" 'Sühne' vollzieht sich im Bereich der Individualethik und kann gesetzlich nicht angeordnet werden. Theologisch gesprochen bedeutet Sühne doch wohl 'sein Kreuz auf sich nehmen'. Was der Strafvollzug vielleicht zur Erlangung dieses individualethischen Zieles beitragen kann, ist allein, die Voraussetzung zu schaffen für einen solchen inneren Vorgang." - Roxin, a.a.O., S. 379 oben:

"Versteht man die Sühne ... im Sinne einer durch die Reue des Täters bewirkten inneren Läuterung, so handelt es sich um eine sittliche Leistung, die durch die Übelzufügung eher verhindert, jedenfalls aber nicht erzwungen werden kann." -

s. auch Eb. Schmidt, ZStW 67, 177; und Materialien zur Strafrechtsreform, I, Gutachten der Strafrechtslehrer, S. 9

Aufgabe bleibt, dem Jugendlichen Hilfen für die Zukunft zu geben. Versteht man den Begriff "Sühne" demnach subjektiv als Beschreibung der inneren Verarbeitung der Tat und des in der Tat zum Ausdruck gekommenen Fehlverhaltens durch den Jugendlichen, so ergibt sich schon aus dieser Definition, daß man nicht fordern kann, Erziehungsmaßregeln sollten nicht "sühnend" wirken, obwohl sie "aus Anlaß" eines Rechtsbruches angeordnet werden.

Von diesem Verständnis des Begriffes "Sühne" aus ist es nicht exakt zu behaupten, der Jugendrichter dürfe die Maßnahmen nicht "zur Sühne" anordnen, sondern nur "zur Erziehung", wenn gleichzeitig erkennbar ist, daß Sühnewirkungen eintreten können und die subjektiv verstandene Sühne der Erziehung diene.

- bb) Zu Recht kritisiert Schlotheim¹⁾ die Meinung, den Begriff "Sühne" auf ein rein innerseelisches, persönliches Erlebnis des Bestraften zu beschränken. Zwar durchlaufe die Sühne notwendigerweise die innere Sphäre des Verurteilten und befreie ihn von Schuldgefühlen, sie erfasse aber gleichermaßen den Verletzten, die Rechtsgemeinschaft und den Strafenden, d. h. sie sei zugleich ein sachlicher Lebensvorgang, der den Stand des Rechtsgenossen in der Gemeinschaft betreffe.

Doch bietet dieses mehr objektive Verständnis der Sühne einen Anhalt für die Unterscheidung der Erziehungsmaßregeln von den anderen jugendrechtlichen Reaktionen? Dieses umfassende Verständnis des Sühnebegriffs macht die Sühne keineswegs besser verfügbar, so daß man gesetzlich vorschreiben könnte, bei den aus Anlaß eines

1) a.a.O., S. 65

Rechtsbruchs angeordneten Erziehungsmaßregeln sei von Sühne abzusehen, bei Zuchtmitteln und Jugendstrafe dagegen sei sie erlaubt.

- c) Es bleibt schließlich bei dem Wort "Sühne" - ebenso wie bei dem Begriff "Repression" - die Möglichkeit, daß damit auf die Begründung der staatlichen Tatreaktion als einer Schuldvergeltungsstrafe hingewiesen werden soll. Die Frage, ob Erziehungsmaßregeln nicht zur Vergeltung angeordnet werden dürfen, dies aber bei den Zuchtmitteln und der Jugendstrafe (auch) zulässig ist, wenn "reine Erziehungsmaßregeln" nicht ausreichen, soll uns im folgenden beschäftigen.
- aa) Zunächst ist fraglich, ob die "Vergeltungstheorie" ein staatliches Einschreiten im Jugendstrafrecht noch zu legitimieren vermag. Roxin¹⁾ z. B. lehnt die Vergeltung als Zweck der Strafüzufügung selbst für das Erwachsenenstrafrecht ab, da in einem Staat, wo alle Staatsgewalt vom Volke ausgehe, die staatliche Strafgewalt nicht mehr als Ausfluß göttlicher oder sonstiger transzendentaler Ziele verstanden werden könne. Die Staatsgewalt sei vielmehr darauf beschränkt, einer im Staatsverband zusammengefaßten Gruppe nach außen und innen die Bedingungen einer ihren Lebensbedürfnissen gerecht werdenden Existenz zu schaffen und zu sichern. Der Zweck des Strafrechts wird von Roxin aus dem Zweck des Staates abgeleitet, ein ungefährdetes Zusammenleben aller Bürger zu gewährleisten.

Diese Frage kann im Rahmen des vorliegenden Themas nicht erörtert werden.²⁾ Folgt man der

1) a.a.O., S. 377 ff., insbes. S. 381

2) ausführliche Hinweise bei Roxin, a.a.O., S. 377 ff.

Auffassung von Roxin, so ist die angeschnittene Frage damit bereits beantwortet: Zuchtmittel und Jugendstrafe dürfen ebensowenig wie die Erziehungsmaßregeln in erster Linie zur Schuldvergeltung angeordnet werden.

- bb) Aber auch wenn man diesen zur Strafbegründung im Erwachsenenstrafrecht entwickelten Gedanken nicht zustimmen kann, muß man der Jugendgerichtsbarkeit eine Sonderstellung gegenüber dem Erwachsenenstrafrecht einräumen. Dies ist wohl im Grundsatz heute nicht mehr ernsthaft bestritten¹⁾; unterschiedlich wird jedoch der Rahmen gezogen, in welchem Maße bei Jugendlichen vom Erwachsenenstrafrecht abweichende Prinzipien zur Strafbegründung herangezogen werden dürfen.
- a') Vorweg ist festzustellen, daß die Begründung der Strafe als Schuldvergeltung nichts mit den Grenzen staatlichen Einschreitens, mit den rechtsstaatlichen Sicherungen zu tun hat. Aus dem Schuldvergeltungsgedanken lassen sich ebensowenig präzise Grenzen staatlichen Eingreifens ableiten wie aus anderen, die Strafe begründenden Vorstellungen.²⁾
- b') Zweitens muß dem Mißverständnis vorgebeugt werden, daß man mit der Ablehnung des Vergeltungsgedankens als erster Begründung jugendrichterlicher Reaktion und mit der stärkeren Betonung spezialpräventiver Zwecke im Jugendrecht - z.B.

1) Dallinger-Lackner, Einl. Anm. 4; Peters, a.a.O., S. 13 ff.; Holzschuh, Erziehung und Strafe, S. 147 ff.; Potrykus, Die tragenden Gedanken, a.a.O., S. 139 ff.

2) s. Roxin, a.a.O., S. 377 ff. und 379: "Denn wir sind nicht nur alle schuldig sondern auch alle besserungsbedürftig".

dem der Resozialisierung durch Erziehung - automatisch die Begriffe Schuld und Sühne eliminieren müßte. Die Formulierung "Erziehung statt Strafe"¹⁾ ist mißverständlich, da sie Strafe und Erziehung als Gegensätze erscheinen läßt. Besser sollte es heißen: "erzieherisch wirkende Strafe anstatt bloßer Vergeltungsstrafe"²⁾. Es kann hier weitgehend auf die Stellungnahme von Holzschuh in seinem Referat "Erziehung und Strafe im deutschen Jugendstrafrecht" verwiesen werden.³⁾

Wir können uns hier nicht der stark antinomischen Sicht von Hellmer anschließen, "daß der Erziehungsgedanke mit dem aus dem Strafrecht kommenden Schuldgedanken in Wahrheit in unerbittlichem Kampf steht".⁴⁾

An sich wäre es an dieser Stelle notwendig, umfassend den Erziehungsbegriff von Hellmer zu erörtern. Im Rahmen dieser Arbeit ist dies nicht möglich. Wir müssen uns darauf beschränken, festzustellen, daß unserer Auffassung nach der Erziehungsbegriff Hellmers zu eng und seine Erziehungsziele für das Jugendrecht sehr hoch gesteckt erscheinen.

-
- 1) s. den Titel des Buches von Zullinger "Erziehung statt Strafe", (a.a.O.) oder den Titel des Tagungsberichts von Bitter (a.a.O.) "Heilen statt Strafen".
 - 2) so auch Iben, a.a.O., S. 47/48 unter Hinweis auf N. Nohl, S. 40 und weitere Literatur (S. 48): "Die These der Unvereinbarkeit von Strafe und Erziehung beruht im Grunde auf einem Mißverständnis, da die Strafe in ihrer Mannigfaltigkeit ebenso Erziehung implizieren kann, wie Erziehung Strafe nicht auszuschließen braucht".
 - 3) in "Bekämpfung der Jugendkriminalität", a.a.O., S. 147 ff.
 - 4) Erziehung und Strafe, S. 27; S. 129: "... je größer die Schuld, umso mehr Strafe und umso weniger Erziehung; je geringer die Schuld, umso weniger Strafe und umso mehr Erziehung."

Hellmer¹⁾ setzt das Ziel jeder Erziehung, "mit dem Zögling zu etwas Neuem zu kommen, was gewissermaßen von übermenschlicher Hand gewollt ist", in Gegensatz zu dem vom Menschen erst erstellten Recht: "Erziehung will etwas Natürliches fördern, Recht etwas Vorgestelltes." - Eine solche Antithese beleuchtet zwar Teilaspekte der Bereiche "Recht" und "Erziehung", sie ist aber zu einseitig, um daraus so weittragende Folgerungen zu ziehen, wie das Hellmer tut. Abgesehen von der Frage, was das "Natürliche" sei, und ob Vorstellungen etwa unnatürlich sind, abgesehen ferner von der Frage, ob ein letztlich nur noch religiös begründetes Erziehungsziel nach dem Grundgesetz Inhalt staatlicher Gesetzgebung werden darf, können wir feststellen: Das Jugendwohlfahrtsrecht zeigt beispielhaft, daß Recht und Erziehung einander ergänzen und fördern können und letztlich dem Jugendlichen zugute kommen, auch wenn oft nur ein Minimumerfolg, nämlich "hinlängliche soziale Verträglichkeit"²⁾ des Jugendlichen angestrebt und erreicht wird. Gelten diese Gedanken des Jugendwohlfahrtsrechts nicht auch im Jugendstrafrecht? Oder steht hier dem Erziehungsgedanken der Schuldgedanke im Wege, wie Hellmer behauptet? Damit kehren wir zu unserer Ausgangsfrage zurück, welche Bedeutung dem Schuldgedanken im Jugendstrafrecht zukommt.

1) Erziehung und Strafe, S. 105

2) Stutte, RdJ 65, 117 ff.; diese Formulierung ist keinesfalls das Ergebnis reiner Staatsnützlichkeitsabwägungen. Über das letzte Ziel der Erziehung wird nichts Endgültiges ausgesagt; es wird in erster Linie nur der Umfang der erzieherischen Bemühungen angegeben.

- c') Nach Hellmer haben die Begriffe "Schuld" und "Schuldvergeltung" ihre zentrale Stellung im Jugendgerichtsgesetz behalten.

Erkannte Hellmer in "Erziehung und Strafe" die Erziehungsbedürftigkeit des Täters gleichberechtigt neben der Schuld noch als Anknüpfungsmoment jugendrichterlicher Reaktionen an¹⁾, so lehnt er dies in seiner Schrift "Schuld und Gefährlichkeit im Jugendstrafrecht" ab²⁾ und schlägt - de lege ferenda - eine "Zweispurigkeit" im Jugendstrafrecht derart vor, daß auf Gefährlichkeit nur Erziehung, auf Schuld nur Sühne (im Sinne von Schuldvergeltung) erfolgen solle.³⁾

Welche Anhaltspunkte gibt uns das Jugendgerichtsgesetz, die darauf schließen lassen, jugendrichterliche Reaktionsmittel seien in erster Linie zur Schuldvergeltung anzuordnen?

- a") Man kann behaupten, § 3 S.1 JGG, der die Feststellung der reifebedingten Verantwortlichkeit des Jugendlichen zur Voraussetzung der Anordnung von Rechtsfolgen einer Jugendstraftat (§ 5 JGG, Ausnahme § 5 S.2 JGG) macht, sei ein Zeichen für den Schuldvergeltungsgedanken im Jugendgerichtsgesetz und stehe im Widerspruch zu dessen Erziehungsgedanken.

Zuerst soll in diesem Zusammenhang an die Kritik erinnert werden, die zu der Reifefeststellung des § 3 S.1 JGG immer wieder erhoben wurde.⁴⁾

1) Erziehung und Strafe, S. 128 ff.

2) Schuld und Gefährlichkeit, S. 30

3) Schuld und Gefährlichkeit, S. 33

4) Grethlein, § 3 Anm. 1; Potrykus, § 3 Bem. 1 a.E.; Bresser, ZStW 74 (1962), 579 ff.; vergl. auch Stutte, BlWohlPfl 1953, 336; derselbe MonschrKrim 1955 (Bd. 38), 58; Hellmer, NJW 64, 177, 179 ff.; Schaffstein, a.a.O., S. 57 Anm. 1

Bresser¹⁾ zum Beispiel hält § 3 S. 1 JGG für ein historisches Überbleibsel des § 56 STGBa.F.; § 56 RStGB sei schon geschaffen worden, als noch die Zwölfjährigen mit den Strafen des Erwachsenenstrafrechts bestraft werden konnten. Heute sei die Reifeentscheidung im Jugendstrafrecht unsicher und schwer zu treffen.²⁾

§ 3 S. 1 JGG ist geltendes Recht, und wir haben uns danach zu richten. Legt er zwingend den Schuldvergeltungsgedanken nahe ?

Wenn man Roxin folgt und die Schuldfeststellung im Strafrecht als rechtsstaatliche Begrenzung staatlichen Eingreifens ansieht³⁾, bekommt auch § 3 S. 1 JGG einen anderen Sinn. Er ist dann nicht mehr Zeichen der Schuldvergeltung im gesamten Jugendstrafrecht, sondern genau begrenzte rechtsstaatliche Schranke, die alle Jugendlichen, die noch nicht die erforderliche Reife besitzen, dem Sanktionensystem des § 5 JGG entzieht.

Daß die Schuldfeststellung des § 3 S. 1 JGG keine Rückschlüsse auf den Schuldvergeltungscharakter zuläßt, zeigen vor allem die Erziehungsmaßregeln und zahlreiche andere gesetzliche Formulierungen. So bestimmt § 17 II 1. Alternative JGG, die Jugendstrafe dürfe nur angeordnet werden, wenn "Erziehungsmaßregeln und Zuchtmittel zur Erziehung nicht ausreichen". In § 18 II JGG heißt es: "Die Jugendstrafe ist so zu bemessen, daß die erforderliche erzieherische Einwirkung möglich ist".

1) a.a.O., S. 594

2) ähnlich Potrykus, s. o. S. 12 Anm. 1)

3) Roxin, a.a.O., S. 385; a.A. Hellmer, Schuld und Gefährlichkeit, S. 38

Bezeichnenderweise möchte Hellmer die Jugendstrafe de lege ferenda nur noch wegen besonders schwerer Schuld angeordnet wissen.¹⁾ § 18 II JGG soll nach Hellmers Vorschlägen ganz entfallen.¹⁾

- b") Eine der am besten gesicherten Bastionen des Schuldvergeltungsgedankens im Jugendstrafrecht (und des in diesem Sinne verstandenen Sühnegedankens) schien bisher § 17 II 2. Alternative JGG zu sein, wo es heißt, daß auch dann Jugendstrafe angeordnet werden kann, "wenn wegen der Schwere der Schuld Strafe erforderlich ist". Hier hat der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofes erstmals 1960²⁾ und noch einmal 1961³⁾ entschieden, daß auch bei der Verhängung der Jugendstrafe wegen der Schwere der Schuld die Maßnahme nach den Erziehungsbedürfnissen des Täters zu bestimmen sei.

1) Schuld und Gefährlichkeit, S. 61

2) Urteil v. 11.11.1960 (NJW 61, 278 ff.);
Leitsatz:

"Für die Frage, ob und in welcher Höhe die 'reine Schuldstrafe' nach § 17 II JGG verhängt werden soll, ist in erster Linie das Wohl des Jugendlichen maßgebend. Von entscheidender Bedeutung sind daher die charakterliche Haltung und das gesamte Persönlichkeitsbild des Täters. Nach ihnen ist zu beurteilen, ob die Verhängung der Jugendstrafe erforderlich ist. Der äußere Unrechtsgehalt hat demgegenüber keine selbständige Bedeutung. Er ist im wesentlichen für die Frage heranzuziehen, welche Schlüsse er auf die Persönlichkeit des Täters und seine Schuld zuläßt. Gesichtspunkte des Schutzes der Allgemeinheit haben demgegenüber zurückzustehen."

3) Urteil v. 29.9.1961 (NJW 61, 2359 f., 2360):

"Indessen wird die Strafkammer in der neuen Hauptverhandlung aus dem in § 17 JGG vorgesehenen Grund der Schwere der Schuld nur dann auf Jugendstrafe erkennen dürfen, wenn diese aus erzieherischen Gründen erforderlich ist. Denn für die Frage, ob und in welcher Höhe die reine Schuldstrafe dieser Bestimmung verhängt werden soll, ist in erster Linie das Wohl des Jugendlichen maßgebend".

Diese von Hellmer¹⁾ und Grethlein²⁾ scharf kritisierten Entscheidungen können von unserem Ausgangspunkt aus im Ergebnis insoweit begrüßt werden, als damit klargestellt wird, daß der Schuldvergeltungsgedanke auch die Jugendstrafe wegen schwerer Schuld letztlich nicht mehr zu begründen vermag.³⁾

Alle im Jugendgerichtsgesetz vorgesehenen Reaktionsmittel werden damit in ihrer letzten Begründung auf die Erziehungsbedürfnisse des jugendlichen Rechtsbrechers und Resozialisierungsgedanken zurückgeführt.⁴⁾

Das heißt nicht, daß die Jugendstrafe nur bei "schädlichen Neigungen" angeordnet werden dürfte. Sie kann vielmehr auch dann verhängt werden, wenn bei einem objektiv schweren Delikt, das auch bei Berücksichtigung der Jugend des Täters mit großer Schuld begangen wurde, das Sühnebedürfnis des Jugendlichen Jugendstrafe erfordert oder ein uneinsichtiger Jugendlicher den Verzicht auf Jugendstrafe als Schwäche der Rechtsgemeinschaft und als Aufmunterung für weitere Straftaten ansehen würde.⁵⁾ Es ist gerade Aufgabe der Erziehung im Rahmen des Jugendrechts, den Minderjährigen auch die Bedeutung und unabdingbare Notwendigkeit des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes bewußt zu machen.

1) NJW 64, 177 ff., 178

2) NJW 61, 687 f.

3) Die Entscheidungen sind in ihrer Terminologie allerdings nicht widerspruchsfrei.

4) so auch Voss in NJW 62, 1095 f.

5) Diese erzieherischen Gesichtspunkte führen Dallinger-Lackner (§ 17 Anm.19) an, halten aber bei der Jugendstrafe wegen besonders schwerer Schuld im Grunde an der "reinen Schuldstrafe" fest.

Ist dagegen die Schuld hoch, würde Jugendstrafe den Täter aber seelisch zerstören, so begrenzt "das Wohl des Jugendlichen" die Maßnahme.

Aber auch dann, wenn man in § 17 II 2. Alternative JGG eine Ausnahme von der letztlich pädagogisch begrenzten Strafe sieht, begründet dies nicht den unterschiedlichen Sprachgebrauch in § 5 I JGG ("aus Anlaß") und in § 5 II JGG ("geahndet"); denn welchen Sinn hätte diese Unterscheidung für die Zuchtmittel und die Jugendstrafe bei "schädlichen Neigungen"?

- cc) Wir müssen deshalb die von Goebel und Pentz vertretene Meinung, es bestehe ein "wesenhafter Unterschied" zwischen den Erziehungsmaßregeln auf der einen, Zuchtmitteln und Jugendstrafe auf der anderen Seite ablehnen. Der Vergeltungsgedanke vermag nach unserer Auffassung staatliches Einschreiten im Jugendstrafrecht letztlich nicht mehr zu rechtfertigen.

Dem Satz, daß es ein höheres Gesetz unter den Menschen gibt, als das der reinen Vergeltungsgerechtigkeit¹⁾, sollte zumindest im Jugendstrafrecht Rechnung getragen werden. Natürlich leben wir auch in archaischen Resten, wie von Schlotheim feststellt²⁾, und Gedanken der Schuldvergeltung und sogar der Tatvergeltung³⁾ können wir nicht einfach ablegen und völlig negieren, ohne das Jugendrecht von den Wurzeln abzuschneiden, auf denen es gewachsen ist.⁴⁾ Das heißt aber nicht, daß wir Tat und Schuldvergeltung nicht auf eine andere Ebene heben und der

1) vergl. die Ausführungen v. Holzschuh, Jugendgerichtsbarkeit, a.a.O., S. 143

2) a.a.O., S. 62

3) v. Schlotheim, a.a.O.

4) vergl. v. Schlotheim, a.a.O., S. 61

Hilfe für den anderen Menschen dienstbar machen könnten. Pädagogik ist wohl kaum auf ein reines "Be-handeln" des Jugendlichen zu beschränken, wenn auch immer diese Gefahr bestehen wird.¹⁾ Das Jugendgerichtsgesetz gewährt dem Richter eine erfreulich breite Skala von Erziehungsmaßnahmen, die es erlauben, dem Jugendlichen das zu geben "was er braucht".²⁾ Da die jugendliche Tat polyätiologisch³⁾ zu betrachten ist und recht unterschiedlichen Wurzeln entspringen kann, müssen die Maßnahmen auch eine differenzierte Handhabung erlauben. Welche Maßnahme aus dem Katalog des Jugendgerichtsgesetzes auszuwählen ist, oder ob eventuell verschiedene Maßnahmen zu verbinden sind, richtet sich nach der Struktur von Tat und Täter. Der eine braucht eine sofortige harte Reaktion, die ihm das Unrecht seines Handelns deutlich vor Augen stellt, der andere eine langwierige Erziehung, um zu lernen, seiner kriminellen Neigung Herr zu werden. Wenn unter pädagogischen Gesichtspunkten im Einzelfall einmal eine Strafe mit "Schuldvergeltungscharakter" indiziert sein kann, so besagt das nichts über die grundsätzliche Bedeutung des Vergeltungsprinzips als Begründung staatlichen Strafens. "Die Strafe ist vielmehr in jedem Falle an ihrer Tauglichkeit für die Erziehung zu messen", sagen Dallinger-Lackner.⁴⁾ Ähnlich strebt Bauer⁵⁾

1) vergl. v. Schlotheim, a.a.O., S. 62

2) Holzschuh, S. 151: "Was not ist"; Ulrich, a.a.O., S. 91

3) Stutte, a.a.O., RdJ 65, 117 ff., 119

4) § 17 Anm. 4

5) a.a.O., S. 191; vergl. auch Lombroso (zitiert bei Bauer, a.a.O., S. 148): "Früher hieß man die Menschen die Gerechtigkeit zu studieren, jetzt heißt man die Gerechtigkeit den Menschen zu studieren". - § 18 II JGG: "Die Jugendstrafe ist so zu bemessen, daß die erforderliche erzieherische Einwirkung möglich ist." - In § 17 II JGG wird sogar durch ein Tätermerkmal, nämlich mit der Voraussetzung der "schädlichen Neigungen" die Reaktionsart, nämlich Jugendstrafe bestimmt (so auch Hellmer, Schuld und Gefährlichkeit, S. 24)

an, daß "letztlich nicht mehr die Erziehung in die Strafe, sondern die Strafe in die Erziehung eingebettet ist."

- d) Haben wir gesehen, daß weder "Repression", "Schuld", "Sühne" oder "Vergeltung" die Erziehungsmaßregeln wesentlich von den anderen Reaktionsmitteln trennen können, so bleibt uns noch die Tat als Unterscheidungsmerkmal. - Entfernen sich die Erziehungsmaßregeln weiter von der Tat als die Zuchtmittel (§ 13 JGG) oder die Jugendstrafe, wie es der Wortlaut des § 5 I JGG ("aus Anlaß") nahelegen könnte ?

Will der Richter den Jugendlichen mit seiner Maßnahme an der richtigen Stelle erreichen, so muß er sich fragen, in welchem Verhältnis der Täter zu der Tat stand und steht. Dabei lassen sich Täter und Tat nicht voneinander trennen.¹⁾ Je mehr wir uns mit dem Täter beschäftigen, desto deutlicher wird die Tat Symptom eines umfassenderen Zusammenhanges. Welche Bedeutung der Tat in dieser Gesamtheit von äußeren und inneren Umständen im Einzelfall zukommt, läßt sich nicht von vornherein gesetzlich fixieren. Es ist vor allem nicht richtig, generell zu behaupten, die "aus Anlaß" der Straftat angeordneten Erziehungsmaßregeln führten weiter von der Tat weg als Zuchtmittel oder die Jugendstrafe. Mit den Weisungen kann aus erzieherischen Gründen oft viel "tatnäher" gearbeitet werden als z.B. durch Verhängung von Jugendarrest.²⁾ Die Fürsorgeerzie-

1) Hall, a.a.O., S. 42; a.A. wohl Dallinger-Lackner, § 5 Anm. 12

2) siehe die Weisungspraxis von Holzschuh, Die jugendrichterlichen Maßnahmen ohne Freiheitsentzug, a.a.O., S. 74 ff.; a.A. Dallinger-Lackner, § 10 Anm. 1: "Als Erziehungsmaßregeln sind die Weisungen nicht tatbezogen."

hung führt oft so weit von der Tat weg, daß es fraglich wird, ob sie noch sinnvoll im Jugendverfahren angeordnet werden kann.¹⁾

e) Zusammenfassend ist festzustellen:

Ein "wesenhafter Unterschied" zwischen Erziehungsmaßregeln auf der einen, Zuchtmitteln und Jugendstrafe auf der anderen Seite, wie man ihn aus dem unterschiedlichen Sprachgebrauch des Gesetzes in § 5 Abs. I u. II JGG ableiten will ("aus Anlaß" und "geahndet"), ist nicht zu erkennen. Ein wirklicher Unterschied ist z.B. zwischen den Weisungen (§ 10 JGG) und den besonderen Pflichten (§ 15 JGG) überhaupt nicht vorhanden. Deshalb schlug schon der Bundesrat in seinen Änderungsvorschlägen zur Regierungsvorlage des Jugendgerichtsgesetzes²⁾ vor, die Vorschriften über Weisungen und besondere Pflichten in einer Vorschrift zusammenzufassen, weil sie sich in ihrem rechtlichen Gehalt nicht unterscheiden.³⁾

Die übrigen Reaktionsformen unterscheiden sich in ihren Voraussetzungen und ihrem Anwendungsbereich. Sie sind qualitativ verschieden und unter dem pädagogischen Gesichtspunkt ihrer Eignung für unterschiedliche Kombinationen von Schuld, Erziehungsbedürftigkeit, Tatgewicht und Gefährlichkeit gedacht. Welches Reaktionsmittel oder welche Verbindung von Maßnahmen (§ 8 JGG) "geeignet" ist, kann nur im Einzelfall durch den Richter entschieden werden, der den Jugendlichen kennt. Es lassen sich vorweg keine Unterscheidungen treffen, die es rechtfertigen könnten, "aus Anlaß" der Tat angeordnete Erziehungs-

1) s. u. S. 118 ff.

2) BT-Drucksache 3264 S. 53

3) vergl. Potrykus, NJW 54, 821 f.; vergl. auch Peters, Werdendes Jugendstrafrecht, S. 23

maßregeln von der "Ahndung" durch Zuchtmittel und Jugendstrafe zu trennen. Der unterschiedliche Sprachgebrauch des Gesetzes ist irreführend, wenn auch letztlich unschädlich. Er hindert nicht die Auslegung des § 5 JGG in dem hier vertretenen Sinne.

- IV. Nach den Tatbestandsmerkmalen "aus Anlaß der Straftat des Jugendlichen" in § 5 I JGG soll jetzt eine andere Anordnungsvoraussetzung der Fürsorgeerziehung erörtert werden, die meist mit dem Begriff der "Subsidiarität der Fürsorgeerziehung" umschrieben wird.

Die Frage der "Subsidiarität" taucht bei der Fürsorgeerziehung in drei Relationen auf.

Zuerst in dem Verhältnis der Erziehungsmaßregeln untereinander: Welchen Erziehungsmaßregeln ist die Fürsorgeerziehung nachgeordnet?

Zweitens ist zu fragen, ob die Fürsorgeerziehung den Zuchtmitteln oder umgekehrt die Zuchtmittel den Erziehungsmaßregeln nachgeordnet sind.

Drittens im Verhältnis von Fürsorgeerziehung und Jugendstrafe: Ist die Jugendstrafe der Fürsorgeerziehung gegenüber subsidiär?

1. Die erste der drei Fragen wird einhellig dahin beantwortet, daß die Anordnung von Fürsorgeerziehung der Erteilung von Weisungen und der Anordnung der Erziehungsbeistandschaft nachgeordnet (subsidiär) ist.¹⁾ Das wird in der Regel so verstanden: Liegen neben den Voraussetzungen der

1) Schaffstein, S. 67 unter 3.; Dallinger-Lackner, § 12 Anm. 23; u.a.

Anordnung von Fürsorgeerziehung auch die Voraussetzungen einer anderen Erziehungsmaßregel des § 9 JGG vor und sind beide Maßnahmen zur Erreichung der Ziele des Jugendgerichtsgesetzes geeignet, ist auch keine Verbindung der Maßnahmen erforderlich (§ 8 I JGG), so darf Fürsorgeerziehung nicht angeordnet werden.

Ob der Subsidiaritätsgrundsatz innerhalb der Erziehungsmaßregeln aus einer entsprechenden Anwendung des § 5 II JGG - "Die Straftat eines Jugendlichen wird mit Zuchtmitteln oder mit Jugendstrafe geahndet, wenn Erziehungsmaßregeln nicht ausreichen" - herzuleiten ist, oder sich über die Verweisung des § 12 S.1 JGG auf § 64 S.2 JWG ergibt - "Fürsorgeerziehung darf nur angeordnet werden, wenn keine ausreichende andere Erziehungsmaßnahme gewährt werden kann" -, kann zunächst dahingestellt bleiben. Daß dieser Grundsatz auch im Jugendrecht als Ausfluß des allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit¹⁾ Gültigkeit hat und auf das Verhältnis der Erziehungsmaßregeln untereinander Anwendung findet, ist nicht ernsthaft bestritten.

2. Umstrittener ist die Frage, ob die Zuchtmittel (§§ 5 II, 13-16 JGG) der Fürsorgeerziehung gegenüber subsidiär sind.
- a) Das Wort "ausreichen" in § 5 Abs. 2 JGG, das in diesem Zusammenhang eine Antwort des Gesetzes darstellen könnte, ist mißverständlich, denn es scheint auf den ersten Blick nicht sinnvoll, daß dann, wenn die Anordnung einer so umfassenden Maßnahme, wie sie die Fürsorgeerziehung darstellt, "nicht ausreicht", der Jugendrichter dem Minder-

1) dazu unten S.52 und dort Anm. 1)

jährigen eine Verwarnung (§ 13 II 1 JGG) erteilen kann. Die umgekehrte Reihenfolge, daß der Jugendrichter nur dann Fürsorgeerziehung anordnen darf, wenn eine Verwarnung nicht ausreicht, leuchtet mehr ein.

Dieser offenbare Widerspruch des Gesetzes zu einem spontanen Verständnis der Worte "wenn Erziehungsmaßregeln nicht ausreichen", führt zu der Frage, wozu Erziehungsmaßregeln "nicht ausreichen" dürfen, falls Zuchtmittel oder Jugendstrafe angeordnet werden sollen, ^{bzw.} wann Erziehungsmaßregeln "ausreichen". ¹⁾ Dürfen Erziehungsmaßregeln angesichts der Schwere der Tat nicht ausreichen oder zur Ahndung der Schuld des Täters oder zu dessen Erziehung?

- aa) Die Literatur nimmt zu dieser Frage unterschiedlich Stellung.

Hellmer²⁾ glaubt, die Worte "wenn Erziehungsmaßregeln nicht ausreichen" könnten nur dahingehend ausgelegt werden, daß die Erziehungsmaßregeln angesichts der Schwere der Straftat nicht ausreichen, das Recht wiederherzustellen. Dabei sind - nach Hellmer - die Erziehungsmaßregeln nur für die kleinste Kriminalität gedacht.

Potrykus³⁾ folgt dem Wortlaut des § 5 II JGG und hält Zuchtmittel nur dann für anwendbar, wenn Erziehungsmaßregeln nicht ausreichen, den Täter einem gesetzlichen Leben zuzuführen; dann dürften Erziehungsmaßregeln nicht verhängt werden.

1) Hellmer, Erziehung und Strafe, S.207 Anm. 8:
"Es wird hier im allgemeinen nur von der 'Subsidiarität' der Ahndungsmittel gesprochen, nicht aber gesagt, wovon diese Subsidiarität abhängen soll;..."

2) Erziehung und Strafe, S. 207;
Schuld und Gefährlichkeit, S. 42

3) § 5 Bem. 1 u. 3

Dallinger-Lackner¹⁾ formulieren den Grundsatz der Subsidiarität, den sie als geltenden Rechts-satz verstanden wissen wollen, folgendermaßen: "Die Anwendung weniger in die Rechtsstellung des Jugendlichen eingreifender Reaktionsmittel hat deshalb stets den Vorzug vor tiefer greifenden Mitteln, sofern mit ersteren bereits die erstrebte Wirkung erzielt werden kann."

Deutet die Formulierung "weniger in die Rechtsstellung des Jugendlichen eingreifende Reaktionsmittel" auf eine Skala objektiver Schwere der jugendrechtlichen Rechtsfolgemaßnahmen hin, so widerspricht einem solchen Verständnis eine andere Aussage von Dallinger-Lackner²⁾: "Als unmittelbar geltender Rechtssatz bewirkt er (der Grundsatz der Subsidiarität), daß die Erziehungsmaßregeln überall da den Vorrang vor den Ahndungsmitteln des Gesetzes haben, wo ihre Anordnungsvoraussetzungen vorliegen, und wo sie als alleinige Reaktion auf den Rechtsbruch des Jugendlichen ausreichen."

Hier wird im Gegensatz zu der ersten Formulierung der Subsidiaritätsgrundsatz nicht auf eine Skala zunehmender objektiver Schwere der jugendrichterlichen Reaktionsmittel, sondern auf die Gegenüberstellung von Erziehungsmaßregeln auf der einen, Ahndungsmitteln (Zuchtmittel und Jugendstrafe) auf der anderen Seite bezogen. - Sind diese verschiedenen "Anknüpfungspunkte" in Übereinstimmung zu bringen? Hat der Subsidiaritätsgrundsatz etwas mit der Unterscheidung von "Erziehungsmaßnahmen" und "Ahndungsmitteln" zu tun?³⁾

1) § 5 Anm. 15

2) § 5 Anm. 15

3) Abgesehen davon, daß wir keinen wesenhaften Unterschied beider Reaktionsformen erkennen können; s.o.S. 35

Dallinger-Lackner¹⁾ kommen dadurch zu einem praktikablen Ergebnis, daß sie die Anordnung von Erziehungsmaßregeln nur in dem Umfang zur Wertung nach der objektiven "Eingriffsschwereskala" zulassen, als Erziehungsfähigkeit und Erziehungsbedürftigkeit des Jugendlichen gegeben sind. Dadurch werden nur solche Reaktionsmittel zur Wertung nach der "Eingriffsschwereskala" zugelassen, auf die der Jugendliche nach Art und Grad seiner Erziehungsbedürftigkeit im einzelnen Fall besonders anspricht.

Grethlein²⁾ folgt dieser Meinung, gibt aber zu, daß der Gesetzeswortlaut diese Auslegung nicht eindeutig wiedergebe, dies tue eher der Entwurf der Denkschrift der deutschen Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes.³⁾

Nach Schaffstein⁴⁾ sind im Verhältnis zur Fürsorgeerziehung sämtliche Zuchtmittel "mildere Mittel". Die Fürsorgeerziehung sei, meint Schaffstein, auch den Zuchtmitteln gegenüber "subsidiär". Widerspricht das dem Wortlaut des § 5 II JGG ?

bb) Kritik der Meinungen

a') Glaubt man - wie Hellmer -, daß die Erziehungsmaßregeln angesichts der Schwere der Straftat des Jugendlichen nicht ausreichen dürfen, wenn Zuchtmittel anzuwenden sind, so setzt dies zweierlei voraus:

Erstens muß man davon ausgehen, daß das Jugendgerichtsgesetz bei der Zumessung aller Rechtsfolgen grundsätzlich keine Maßnahme über das Maß der Schwere der Straftat hinaus zuläßt.

1) § 5 Anm. 4 a.E.

2) § 5 Anm. 2)

3) abgedruckt bei Grethlein Vorb. zu § 5

4) S. 67 u. dort Anm. 3

Zweitens muß man annehmen, das Jugendstrafrecht halte für verschieden schwere Taten entsprechend schwere Reaktionsformen bereit, und zwar Erziehungsmaßregeln für geringe, Zuchtmittel für mittlere und Jugendstrafe für schwere Taten.

a") Wir können uns bei der Kritik der These, daß der Umfang der Rechtsfolgen durch die objektive Sozialschädlichkeit der Tat begrenzt wird, weitgehend den Ausführungen von Dallinger-Lackner¹⁾ anschließen. Selbst im Erwachsenenstrafrecht ist dieser historische Ausgangspunkt durch eine zunehmende Verfeinerung des Schuldprinzips abgelöst worden²⁾. So ist auch Holzschuh³⁾ zu verstehen, wenn er den Grundstein für das moderne Jugendstrafrecht mit der Bambergischen Halsgerichtsordnung von 1507 (Constitutio criminalis Bambergensis; Art.205) und der Peinlichen Halsgerichtsordnung Kaiser Karl V. von 1532 (Constitutio criminalis carolina; Art.179) gelegt sieht, wo die Schuld zu einem wesentlichen Merkmal des Verbrechens und zur Voraussetzung der Strafe wurde⁴⁾. "Jugent" konnte ein Strafausschließungs- oder Strafmilderungsgrund sein⁵⁾. Bei jugendlichen Dieben wurde die Todesstrafe in

1) § 5 Anm. 10

2) Dallinger-Lackner, § 5 Anm. 10

3) Erziehung und Strafe, a.a.O., S. 70

4) Holzschuh, a.a.O., S.65; E. Wolf, Große Rechtsdenker, S. 110

5) Art.179 der CCC: "Item wirt von jemandt, der jugent oder anderer gebrechlicheyt halben, wesentlich seiner synn nit hett, eyn übelthatt begangen, das soll mit allen vmstenden, an die orten vnnd enden, wie zu ende diser vnser ordnung angezeygt, gelangen, vnnd nach radt der selben vnd anderer verstendigen darinn gehandelt oder gestrafft werden."

der Regel ausgeschlossen (Art. 164 der CCC).¹⁾ Hierin liegt auch im Prozeß der Geschichte ein Schritt von der isolierten Tat zum Täter, zur "Tätertat".²⁾ Nicht mehr die Schwere der Tat sollte von nun an in erster Linie den Umfang der Maßnahme bestimmen, sondern die individuelle Schuld wird zum (rechtsstaatlichen) Mittel der Begrenzung staatlicher Strafgewalt.³⁾

Die Entwicklung hat an diesem Punkt nicht Halt gemacht, sondern mit zunehmender Erkenntnis der die Kriminalität begünstigenden Faktoren erweiterte sich das Jugendstrafrecht auch durch Maßnahmen vorbeugend erzieherischer Art zu einem "umfassenden Kriminalrecht".⁴⁾ Gerade die Hereinahme der Fürsorgeerziehung in das reguläre Rechtsfolgesystem des Jugendgerichtsgesetzes⁵⁾ zeigt die Änderung in den Grundlagen unseres geltenden Jugendstrafrechts gegenüber überlieferten strafrechtlichen Vorstellungen.

Hellmer hat in "Erziehung und Strafe" selber ausgeführt, daß der Jugendrichter mit seinen Maßnahmen zum Zwecke der Erziehung das Maß der Schuld des jugendlichen Täters überschreiten könne(!); das Gesetz binde aber das jugendrichterliche Einschreiten als letzte Grenze an das Maß der objektiven Sozialschädlichkeit der Tat. Nach Hellmer darf keine Reaktion das Maß der objektiven Tatschwere übersteigen.

Hellmer⁶⁾ hat richtig erkannt, daß man nur dann berechtigt ist, die persönliche Schuld⁷⁾ als

1) Zoepfel, a.a.O., S.250; Holzschuh, a.a.O., S.71

2) Hall, a.a.O., S. 42

3) Roxin, a.a.O., S. 385

4) Dallinger-Lackner, § 5 Anm. 10 (S. 47)

5) s. o. S. 6 und dort Anm. 2

6) Erziehung und Strafe, S. 145

7) Zu der Problematik und den Änderungsvorschlägen zu § 3 S. 1 JGG s.o.S. 12 und S. 28 Anm.4, S. 29

rechtsstaatliche Begrenzung staatlichen Eingreifens in die Rechtssphäre des Jugendlichen auszuschalten, wenn andere rechtsstaatliche Sicherungen in ausreichendem Maße vorhanden sind. Doch warum soll man bei den rechtsstaatlichen Sicherungen zu dem Kriterium objektiver Sozial-schädlichkeit der Tat zurückkehren?

Gerade bei der Anordnung der Fürsorgeerziehung - sie ist in erster Linie Gegenstand der Arbeit - verweist das Jugendgerichtsgesetz in § 12 S. 1 JGG auf die sachlichen Voraussetzungen des Jugendwohlfahrtsrechts. Mit den §§ 64 ff. JWG ist aber die Grenze staatlicher Befugnisse hinreichend sicher gezogen.¹⁾ Daß die Fürsorgeerziehung oft nicht als Reaktion auf einen Rechtsbruch geeignet ist, ist eine andere Frage und muß in anderem Zusammenhang erörtert werden.

b") Läßt man einmal dahingestellt, ob das Rechtssystem des Jugendgerichtsgesetzes an die objektive Tatschwere anknüpft, wie dies Hellmer behauptet, und unterstellt man dies für die Untersuchung der Frage, ob § 5 II JGG die Erziehungsmaßregeln für geringe, die Zuchtmittel dagegen für mittelschwere Taten bereithält, so dürfte die Fürsorgeerziehung als Maßnahme gegen kleinere Kriminalität nur eine geringe Freiheitsbeschränkung zur Folge haben und wäre unter die Erziehungsform "tägliches Erlebnis"²⁾ einzureihen.

1) Hellmer, a.a.O.: "Mit der Möglichkeit, solche Maßnahmen nach dem Jugendgerichtsgesetz zu verhängen, wird seine Erziehung aber noch nicht verfassungsmäßig, sondern nach Art. 6 GG erst wenn ein weiteres Moment hinzukommt, nämlich drohende Verwahrlosung."

2) Hellmer, Erziehung und Strafe, S. 205 ff.

Die Zuchtmittel wären nach diesem System für mittelschwere Kriminalität gedacht, würden weitgehende Eingriffe in die persönliche Freiheit des Minderjährigen erlauben als die Erziehungsmaßregeln und entsprächen der Erziehungsform "höhere Bindung".¹⁾

a"') Will man feststellen, ob das Jugendgerichtsgesetz die Fürsorgeerziehung gegenüber den Zuchtmitteln als weniger schwere Maßnahme ansieht, so muß man nach Kriterien suchen, die es erlauben, die Rechtsfolgemassnahmen des Gesetzes in eine Skala "objektiver Schwere" einzuordnen.

Grethlein hat in einer eingehenden Untersuchung zur Geltung des Verschlechterungsverbots im Jugendgerichtsgesetz²⁾ eine solche Skala für die Reaktionsmittel des Jugendstrafrechts aufgestellt. Im wesentlichen richtet sich Grethlein bei der Einordnung der Reaktionsmittel nach der Intensität, mit der jede Maßnahme die Rechte des Minderjährigen beschränkt. Auf die umfangreiche Begründung braucht hier nicht im einzelnen eingegangen zu werden.

Aus der Reihenfolge, die Grethlein für die Rechtsfolgen einer Jugendstraftat nach der Eingriffsschwere aufgestellt hat, ergibt sich, daß die Anordnung der Fürsorgeerziehung einen schwereren Eingriff darstellt als z. B. die Ahndung durch Zuchtmittel.

Die Anordnung der Fürsorgeerziehung greift nach diesen Ausführungen umfassender in die Rechte des Minderjährigen ein als z. B. die Erteilung einer Verwarnung, die Auferlegung besonderer Pflichten oder auch die Anordnung von Jugend-

1) Hellmer, Erziehung und Strafe, S.234 ff., S. 246 ff.

2) a.a.O., S. 160

arrest.¹⁾ Dieser Einteilung kann im wesentlichen zugestimmt werden.

b'') Die Fürsorgeerziehung gehört also nicht zu den objektiv leichtesten Maßnahmen des Jugendgerichtsgesetzes. Abgesehen davon, daß damit das System von Hellmer für die Fürsorgeerziehung bereits nicht mehr zutrifft, erscheint überhaupt der Gedanke undurchführbar, drei Stufen objektiver Tatschwere auch drei Arten verschieden schwerer Sanktionen zuzuordnen.²⁾ Eine solche Schematisierung ist in der Jugendgerichtspraxis undurchführbar, wenn man in jedem einzelnen Fall dem Jugendlichen das geben will, was er braucht.³⁾

Hellmer sieht die Schwierigkeiten, in die sein System bei der Anordnung von Fürsorgeerziehung (als Erziehungsmaßregel) gerät⁴⁾, versucht ihnen aber zu begegnen, indem er behauptet, Erziehungsbeistandschaft und Fürsorgeerziehung hätten überhaupt keinen besonderen Stand im Jugendstrafrecht.⁵⁾

Da sie "aus einer anderen Welt", dem Jugendwohlfahrtsrecht, stammten und allen Assimilationsbestrebungen des Jugendstrafrechts trotzten, gehörten sie nicht in das Gebiet der Zumessungslehre dieses Gesetzes.⁶⁾ Die Fürsorgeerziehung bringe ihren eigenen Apparat von Voraussetzungen

-
- 1) Im Ergebnis ebenso Schaffstein, S.67 (Nr. 3) und dort Anm. 3
 - 2) Kritik an dieser Auffassung Hellmers üben auch Dallinger-Lackner, § 5 Anm. 10 und Grethlein, Einf. Anm. II (1) (c) und dort Anm. 5 (S. 7)
 - 3) so Holzschuh, Erziehung und Strafe, S. 151; Ullrich, a.a.O., S. 91
 - 4) Erziehung und Strafe, S. 211
 - 5) Erziehung und Strafe, S. 212
 - 6) Erziehung und Strafe, S. 213

und Ausgestaltungen mit in das Strafrecht und lasse sich deshalb nicht mit strafrechtlichen Maßstäben messen, auch nicht bei Berücksichtigung der erzieherischen Aufgabe des Strafrechts.

Man fragt sich bei den Ausführungen Hellmers in "Erziehung und Strafe" unwillkürlich, warum nur Fürsorgeerziehung und Erziehungsbeistandschaft "aus einer anderen Welt", nämlich der Welt der Erziehung, stammen sollen, nicht aber auch die Weisungen als Erziehungsmaßregeln. Hellmer hat konsequenterweise die in "Erziehung und Strafe" erkennbare Tendenz, im Jugendstrafrecht zunehmend Schuldvergeltungs- und Erziehungsgedanken zu trennen, in seiner Schrift "Schuld und Gefährlichkeit im Jugendstrafrecht" weiter verfolgt. Nach diesen Vorschlägen Hellmers¹⁾ sollen alle Erziehungsmaßregeln de lege ferenda nur noch bei verneinter jugendlicher Reife, also im Rahmen des durch Hellmer noch enger begrenzten heutigen § 3 S. 2 JGG, angeordnet werden können.

Als reguläre Reaktion auf die Tat eines verantwortlichen Täters stünden dann nur noch Zuchtmittel und Jugendstrafe zur Verfügung, wobei solche auf den Erziehungsgedanken hinweisende Formulierungen bei der Jugendstrafe wie z. B. die Ausdrücke "schädliche Neigungen" und "zur Erziehung nicht ausreichen" noch gestrichen werden sollen.

Folgt man den Gedanken Hellmers in "Schuld und Gefährlichkeit", so ist de lege ferenda die Fürsorgeerziehung als reguläre Rechtsfolgemaßnahme fehl am Platze.²⁾ Daß Hellmer eine Änderung

1) Schuld und Gefährlichkeit, S. 60-62

2) Zur Frage, ob die Vorschläge Hellmers de lege ferenda akzeptabel erscheinen s.u.S. 157 f.

des Jugendgerichtsgesetzes vorschlägt, zeigt aber gerade, daß das gegenwärtige Rechtsfolgesystem im Jugendstrafrecht auf anderen Gedanken aufbaut, als Hellmer sie de lege ferenda verwirklichen möchte.

Es ist deshalb nach geltendem Recht vorschnell geurteilt, wenn Hellmer die Fürsorgeerziehung, weil sie angeblich "aus einer anderen Welt", nämlich der Welt des Jugendwohlfahrtsrechts stamme, aus dem regulären Rechtsfolgesystem des Jugendgerichtsgesetzes ausgliedert. Solange die Fürsorgeerziehung noch als Erziehungsmaßregel in das reguläre Rechtsfolgesystem dieses Gesetzes einbezogen ist (§§ 5-I, 9 Ziff. 3 JGG), kann man sie nicht in "eine andere Welt" versetzen; dies ist contra legem! Man sollte bei der Auslegung des geltenden Rechts im Gegenteil fragen, ob dem Rechtsfolgesystem des Jugendgerichtsgesetzes nicht Gewalt angetan und ein dem Gesetz nicht entsprechendes System hineininterpretiert wird, wenn man für die Fürsorgeerziehung und die anderen Erziehungsmaßregeln keinen regulären Platz im System des Gesetzes findet. Daß sich das Rechtsfolgesystem des Jugendgerichtsgesetzes begründen läßt, ohne daß man die Fürsorgeerziehung daraus verbannen muß, wurde unter III. gezeigt.¹⁾

Damit steht fest: Die eingangs gestellte Frage, ob Zuchtmittel als mittelschwere Reaktionsmittel dann anzuordnen sind, wenn Erziehungsmaßregeln angesichts der Schwere der Straftat nicht ausreichen, ist zu verneinen. § 5 II JGG läßt sich nicht im Sinne Hellmers interpretieren. Zumindest die Anordnung der Fürsorgeer-

1) s. o. S. 15 ff.

ziehung nach §§ 5 I, 9 Ziff. 3, 12 JGG steht dem entgegen.

Auch der Wortlaut des § 17 II JGG spricht gegen ein System zunehmender Reaktionsschwere bei zunehmender Tatschwere. Dort heißt es ausdrücklich, daß Jugendstrafe dann zur Anwendung kommen soll, wenn Erziehungsmaßregeln und Zuchtmittel "zur Erziehung" nicht ausreichen. Es ist keine Rede davon, daß diese Maßnahmen "angesichts der Schwere der Tat" nicht ausreichen dürften, um Jugendstrafe anzuordnen.

- b') Wenn § 5 II JGG nicht in einer Skala zunehmender Reaktionsschwere bei zunehmender Tatschwere sinnvoll werden kann, ist er dann vielleicht entsprechend § 17 II JGG zu interpretieren, was hieße, daß Zuchtmittel dann anzuwenden seien, wenn die Erziehungsmaßregeln "zur Erziehung" nicht ausreichten? Wird das Wort "ausreichen" in § 5 II JGG in einer Skala zunehmender Intensivierung der Erziehung, bedingt durch zunehmende Erziehungsbedürftigkeit (Resozialisierungsbedürfnisse) des Jugendlichen, sinnvoll?

Auch bei einem solchen System entstehen Schwierigkeiten. Soll z. B. eine Verwarnung (§§ 13 II, 14 JGG) als intensiveres erzieherisches Mittel erst erteilt werden, wenn jugendrichterliche Weisungen (z. B. in einem Heim zu wohnen), wenn Erziehungsbeistandschaft oder Fürsorgeerziehung zur Erziehung "nicht ausreichen"? Soll die persönliche Entschuldigung beim Verletzten (§ 15 I Ziff. 2 JGG) eine intensivere Erziehungsmaßnahme darstellen als z. B. Erziehungsbeistandschaft und Fürsorgeerziehung? Daß dies nicht der Fall ist, bedarf keiner näheren Begründung. Die Er-

ziehungsmaßregeln enthalten von der erzieherischen Intensität her gesehen nachhaltigere Maßnahmen für größere Erziehungsnotstände als die Zuchtmittel.

- c') Es bleibt schließlich die Möglichkeit, daß der Gesetzgeber bei § 5 II JGG an eine Stufenleiter zunehmender Reaktion auf zunehmendes Verschulden gedacht hat. Eine solche Stufenleiter zunehmender Vergeltungsreaktion¹⁾ ist am wenigsten mit dem Rechtsfolgesystem des Jugendgerichtsgesetzes zu vereinbaren. Abgesehen von der Frage, ob man der Schuldvergeltung überhaupt noch einen Platz im Jugendstrafrecht einräumen kann²⁾, steht dem auch der Wortlaut des § 17 II 1. Alternative JGG entgegen, wo es heißt, daß Jugendstrafe nur angesichts der "schädlichen Neigungen" des Jugendlichen verhängt wird, wenn Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmittel "zur Erziehung" nicht ausreichen.³⁾ Auf Grund der schädlichen Neigungen des Jugendlichen muß das Erziehungsbedürfnis besonders groß sein.

Und gerade wenn das Erziehungsbedürfnis besonders groß ist, ist - wie vor allem Hellmer betont hat⁴⁾ - die Schuld oft gering. Aus diesem Grund wird zum Teil auch anerkannt, daß bei der

1) Zunehmende Erziehungsreaktion scheidet hier aus den gleichen Gründen wie unter bb) aus.

2) dazu s. o. S. 25 ff.

3) An dieser Tatsache ändert auch die 2. Alternative des § 17 II JGG nichts, wo wahlweise neben der Möglichkeit, bei schädlichen Neigungen Jugendstrafe anzuordnen, ihre Verhängung bei besonders schwerer Schuld vorgeschrieben ist. Zur Begrenzung der Jugendstrafe wegen schwerer Schuld auf das "Wohl des Jugendlichen" s. o. S. 30

4) Erziehung und Strafe, S. 129

Jugendstrafe die Reaktion das Maß der Schuld übersteigen darf.¹⁾

Daß das Wort "ausreichen" im § 5 I JGG nicht in einer Verschuldensskala sinnvoll werden kann, ergibt sich zudem aus der Tatsache, daß bei geringer Schuld eine Verwarnung (Zuchtmittel) eher angebracht sein kann als eine jugendrichterliche Weisung (Erziehungsmaßregel), die oft weit mehr in die Freiheitsrechte des Jugendlichen eingreifen wird als die Verwarnung. Noch deutlicher wird dies bei der Fürsorgeerziehung: Bei schwerer Schuld kann die Anordnung der Fürsorgeerziehung eine angemessenere Maßnahme sein als eine Verwarnung, wenn gleichzeitig neben der Schuld auch ein erhebliches Erziehungsbedürfnis besteht und Jugendstrafe nicht erforderlich oder zulässig ist.

Die Worte in § 5 II JGG, "wenn Erziehungsmaßregeln nicht ausreichen", lassen sich also auch nicht in einer Stufenleiter zunehmender Schuldvergeltung erklären.

- cc) Da ein einheitliches quantitatives Prinzip in § 5 Abs. I und II JGG - wie gezeigt - nicht zu erkennen ist, ist das Wort "ausreichen" in § 5 II JGG falsch gewählt. Das Wort erhält keinen Sinn durch das Gesetz; Wortlaut und Sinn des Gesetzes decken sich nicht. Es bedarf hier einer berichtigenden Auslegung nach dem Sinn des Gesetzes.²⁾

Qualitativ verschiedene Maßnahmen, die nicht unter irgendeinem Gesichtspunkt in eine quanti-

1) Dallinger-Lackner, § 17 Anm. 4 a.E.;
Hellmer, Erziehung und Strafe, S. 167 ff.
2) Bartholomeyczik, a.a.O., S. 71 ff.

tative Skala gebracht sind, sind für ihren Zweck geeignet oder nicht geeignet.

Natürlich gibt es auch mehr oder weniger geeignete Maßnahmen, dies aber nur im Hinblick auf eine einheitliche Bezugsebene.

Nur mit dem "Auslegungstrick" von Dallinger-Lackner und Grethlein¹⁾ ist es möglich, sich von der quantitativen Ebene auf die qualitative der speziellen Voraussetzungen der einzelnen Rechtsfolgemaßnahmen zu begeben. Nachdem man auf dieser Ebene die nicht gewünschten Maßnahmen mit dem Kriterium der Erziehungsbedürftigkeit ausgeschlossen hat, begibt man sich wieder auf die quantitative Ebene zurück und wendet das Wort "ausreichen" in einem "Reaktionsschweresystem" quantitativ an. Zum Beispiel: Bei der Frage, ob Fürsorgeerziehung "noch ausreicht" oder "schon" eine Verwarnung nötig ist, wird die Fürsorgeerziehung von vornherein von der Bewertung nach dem Wort "ausreichen" ausgeschlossen, weil die ihr entsprechende Erziehungsbedürftigkeit nicht vorliegt. Das Wort "ausreichen" wird dann nur noch auf die verbleibenden "geeigneten" Maßnahmen angewandt.

Da § 5 JGG in seiner jetzigen Form quantitativ nicht sinnvoll zu interpretieren ist, bleibt nur die Möglichkeit, das Wort "ausreichen" in Absatz II qualitativ zu verstehen, etwa in dem Sinne: "Die Straftat eines Jugendlichen wird mit Jugendstrafe geahndet, wenn Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmittel nicht geeignet sind". Mit dieser Auslegung werden - de lege lata²⁾ - in § 5 JGG

1) s. o. S. 39, 40

2) Ähnlich - de lege ferenda - Absatz I der Neufassung des § 5 in der Denkschrift der Deutschen Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen zur Änderung des JGG (veröffentlicht in MonschrKrim 47. Jahrgang 1964, Heft 1, S. 1-23)

alle jugendrichterlichen Reaktionsmittel als qualitativ verschiedene Maßnahmen gleichberechtigt nebeneinander gestellt.

- b) Welche Bedeutung hat diese Folgerung für die Frage, ob die Fürsorgeerziehung den Zuchtmitteln gegenüber subsidiär ist oder umgekehrt?

Es ist damit erreicht, daß das "Subsidiaritätsprinzip" nicht mehr an das Wort "ausreichen" in § 5 II JGG und die Gegenüberstellung von Erziehungsmaßregeln auf der einen und den Zuchtmitteln auf der anderen Seite gebunden ist. Der Begriff "Subsidiarität" kann jetzt seiner Wortbedeutung gemäß als quantitatives Prinzip auf alle jugendrechtlichen Rechtsfolgen gleichermaßen angewandt werden. Doch nach welchem Gesichtspunkt soll beurteilt werden, welche Maßnahme welcher anderen gegenüber subsidiär ist?

Wenn man den Subsidiaritätsgrundsatz als Ausfluß des allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ansieht, der besagt, der Staat habe bei mehreren ihm zur Verfügung stehenden geeigneten Mittel das zu wählen, was am wenigsten in die Rechte des Betroffenen eingreift¹⁾,

1) v. Krauss, S. 21, zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: "Wo immer - zumindest ohne den Willen des Betroffenen - in einen fremden Rechtsbereich eingegriffen wird, ohne daß das Maß des Eingriffs gesetzlich festgelegt ist, gilt also zum Schutz der Rechtsordnung der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Er spiegelt Rechtsüberzeugungen grundsätzlicher Art wider, die sich im gesamten Rechtsleben ausprägen, so daß man ihn jenen Grundsätzen zuzurechnen haben wird, die einen über die einzelne Gesetzesnorm hinausreichenden Anspruch auf allgemeine Gültigkeit erheben können..." "Das ist so selbstverständlich, daß es der Gesetzgeber häufig der ausdrücklichen Erwähnung nicht wert erachtet." (Vgl. z. B. §§ 859 BGB, 193 StGB). Wolff, Verwaltungsrecht I, § 28 I 8 S. 124: "Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit müssen alle Anordnungen geeignete Mittel zu ihren rechtlichen Zwecken sein; Eingriffe in Freiheit und Eigentum dürfen nicht weiter und tiefer gehen, als ihr rechtlicher Zweck es erfordert (Grundsatz der Erforderlichkeit oder des geringstmöglichen Eingriffs)." - Vergl. auch BVerfGE 7, 377

so kommt nur eine Wertung nach der objektiven Eingriffsschwere der Maßnahmen in Frage. Danach haben weniger in die Rechtsstellung des Jugendlichen eingreifende Mittel stets den Vorzug vor tiefergreifenden Mitteln, sofern mit ersteren bereits die erstrebte Wirkung erzielt werden kann.

Riedel¹⁾ hat demzufolge Unrecht, den Grundsatz der Subsidiarität als pädagogischen Grundsatz zu bezeichnen. Vielmehr ist Jans-Happe²⁾ zuzustimmen, der die Subsidiarität für eine reine Rechtsfrage hält.

Der Grundsatz der Subsidiarität gibt keine Antwort auf die Frage, welche Rechtsfolgemaßnahmen als Folge einer bestimmten Straftat bei einem bestimmten Täter "geeignet" sind (Art der Maßnahme), er besagt nur etwas darüber, welche von mehreren geeigneten Maßnahmen anzuwenden ist (Umfang der Maßnahme).

Erst wenn der Jugendrichter unter dem Gesichtspunkt, "was der Täter braucht"³⁾, die geeigneten Maßnahmen ausgewählt hat, und er es nicht für erforderlich hält, diese Maßnahmen zu verbinden (§ 8 JGG)⁴⁾, kann und muß er nach dem Grundsatz der Subsidiarität die objektiv leichteste Maßregel auswählen.

Anhaltspunkte für die Rangfolge der jugendrechtlichen Reaktionsmittel nach ihrer objektiven

1) JWG § 62 Anm. 7; § 64 Anm. 10.

2) JWG § 64 Anm. 1 Nachtrag; Vorb. zu VI, 3.

3) vergl. Holzschuh, Bericht 9. Jugendgerichtstag S. 165, 179; Dallinger-Lackner, § 5 Anm. 15

4) Auch hier gilt das Subsidiaritätsprinzip: Keine Verbindung von Maßnahmen, wenn durch eine der zu verbindenden Maßnahmen alleine bereits die erstrebte Wirkung erzielt werden kann.

Schwere bietet die von Grethlein in seiner Untersuchung zur Geltung des Verschlechterungsverbot¹⁾es im Jugendstrafrecht herausgearbeiteten Kriterien.

Danach sind sämtliche Zuchtmittel objektiv mildere Maßnahmen als die Fürsorgeerziehung; letztere ist den Zuchtmitteln gegenüber subsidiär.²⁾

3. Es bleibt nun noch der Subsidiaritätsgrundsatz im Verhältnis von Fürsorgeerziehung und Jugendstrafe zu prüfen.

Wurde bis zur Änderung des Jugendwohlfahrtsgesetzes im Jahre 1961 einhellig die Auffassung vertreten, die Verhängung von Jugendstrafe sei gegenüber der Fürsorgeerziehung subsidiär, so sind seitdem auch andere Stimmen laut geworden.³⁾ Sie behaupten: Durch die Neuregelung verschiedener, die Fürsorgeerziehung betreffender Bestimmungen des Jugendwohlfahrtsgesetzes im Jahre 1961 sei die Prüfung der Erziehbarkeit des Jugendlichen (Erfolgsaussicht der Erziehung) als tatbestandliche Anordnungsvoraussetzung weggefallen. Da das Jugendgerichtsgesetz für die Anordnungsvoraussetzungen der Fürsorgeerziehung auf das Jugendwohlfahrtsrecht verweise (§ 12 S. 1 JGG), sei auch bei der Fürsorgeerziehung im Jugendstrafrecht die Erfolgsaussicht der Fürsorgeerziehung nicht mehr zu prüfen. Da des weiteren das Jugendgerichtsgesetz bei der Verhängung der Jugendstrafe noch auf der Prüfung und Bejahung der Erfolgsaussicht bestehe, werde die Fürsorgeerziehung in

1) Grethlein, Verschlechterungsverbot, S. 33 ff., 43

2) Im Ergebnis ebenso Schaffstein, a.a.O., S.67 u. dort Anm. 3; a.A. Riedel, JWG § 64 Anm. 10

3) z. B. Miehe, a.a.O., RdJ 63, 116 ff. (117)

die Rolle der "ultima ratio" des Jugendstrafrechts für unerziehbare Schwerkriminelle gedrängt.

Das sei zwar unerwünscht, das Gesetz lasse aber keine andere Auslegung zu.¹⁾

Will man diese Ansicht begründen, so muß man voraussetzen,

daß im Jugendwohlfahrtsgesetz vom 11. August 1961 die Erfolgsaussicht der Erziehung nicht mehr Tatbestandsvoraussetzung der Anordnung der Fürsorgeerziehung ist,

daß dies über § 12 S. 1 JGG auch im Jugendstrafrecht gilt und schließlich,

daß bei der Verhängung der Jugendstrafe im Jugendgerichtsgesetz die Erfolgsaussicht nach wie vor Tatbestandsvoraussetzung geblieben ist.

Mit der "Erfolgsaussicht" der Erziehung werden in der Regel die Erziehungsfähigkeit des Jugendlichen im Sinne eines Ansprechens auf fürsorgerische Maßnahmen und des wahrscheinlichen Erreichens des Erziehungszieles verstanden.²⁾

Das Erziehungsziel kann dabei natürlich nicht überspannt werden. Im Rahmen des Jugendstrafrechts hat man oft schon viel erreicht, wenn eine Rückfälligkeit des Täters verhindert wird.

In vielen Fällen ist es dazu notwendig, den Jugendlichen durch eine mehr oder minder umfassende

1) Mische hat diese Meinung vertreten (a.a.O., S. 117), um zu demonstrieren, daß man zu unhaltbaren Ergebnissen komme, wenn man auch im Jugendgerichtsgesetz bei der Anordnung der Fürsorgeerziehung auf die Erfolgsprüfung verzichte, wie dies im Anschluß an die 1961 erfolgte Änderung der die Fürsorgeerziehung betreffenden Bestimmungen des Jugendwohlfahrtsgesetzes zum Teil vertreten wird.

2) Stutte, a.a.O., RdJ 65, 117 ff. (119)

Erziehung besser in die Gesellschaft zu integrieren. Dieses Minimalziel der Erziehung, das auch für das Jugendwohlfahrtsgesetz gilt, ist gut mit dem Ausdruck der "hinlänglichen sozialen Verträglichkeit"¹⁾ umschrieben.

- a) Die Frage, ob die Aussicht auf einen Erziehungserfolg im Sinne der vorausgestellten Definition auch nach dem geänderten Jugendwohlfahrtsgesetz von 1961 Anordnungsvoraussetzung der Fürsorgeerziehung geblieben ist, ist in Literatur und Rechtsprechung heftig umstritten.²⁾

Während eine Richtung nach wie vor die Prüfung der Erfolgsaussicht bejaht³⁾, unterscheidet eine zweite Meinung zwischen "medizinischer"⁴⁾ und "pädagogischer Erfolgsaussicht"

- 1) Stutte, a.a.O.; eine "unterste Grenze" der Erziehungsforderungen im Sinne von Minimalanforderungen erkennt auch Riedel an, er geht aber für die Zielsetzungen des Jugendwohlfahrtsgesetzes darüber hinaus (Vorb. 7 vor § 55 JWG).
- 2) umfangreiche Literaturangaben bei Riedel, JWG § 64 Anm. 9; Jans-Happe § 64 Anm. 6 A
- 3) so vor allem Deutsch in RdJ 63, 303 unter Berufung auf die Beschlüsse der Landgerichte Bochum (RdJ 63, 302) und Detmold (RdJ 63, 303): "Wenn die Fürsorgeerziehung offenbar keine Aussicht auf Erfolg bietet, kann sie nicht erforderlich sein und darf nicht angeordnet werden."
Leitsatz des Beschlusses des LG Bochum vom 6.2.63 (a.a.O.): "Die Erziehungsfähigkeit eines Minderjährigen ist auch nach Änderung des Jugendwohlfahrtsgesetzes trotz Fehlens ausdrücklicher Erfolgsbestimmungen Voraussetzung für die Anordnung der Fürsorgeerziehung, ..."
Enger ist der Leitsatz des Beschlusses des LG Detmold vom 8.2.63 (a.a.O.): "Es ist nicht zulässig, Minderjährige allein zum Zwecke der Verwahrung in Fürsorgeerziehung zu nehmen. ..."
Das Landgericht Detmold geht in den Gründen ausdrücklich davon aus, daß die pädagogische Erfolgsaussicht nicht mehr Anordnungsvoraussetzung der Fürsorgeerziehung sei und ein Erziehungsversuch auch bei Schwererziehbaren gemacht werden solle. Dies treffe jedoch dann nicht mehr zu, wenn ein langjähriger vergeblicher Erziehungsversuch gemacht sei.
- 4) Mit dem ungenauen Begriff der "medizinischen Unerziehbarkeit" wird in der Literatur i.d.R. die Frage der Unerziehbarkeit aus Krankheitsgründen umschrieben.

Diese Autoren bejahen die Pflicht zur Prüfung der "medizinischen", verneinen aber eine Pflicht zur Prüfung der "pädagogischen Erfolgsaussicht"¹⁾.

Eine dritte Meinung wendet sich gegen die Unterscheidung von krankheitsbedingter und pädagogischer Erfolgsaussicht²⁾ und verneint überhaupt eine Prüfungspflicht im Sinne der vorausgestellten Definition.³⁾ Nach dieser Ansicht soll nur noch danach gefragt werden, welches die nach Bedingung, Artung und Gradausprägung des Erziehungsnotstandes am ehesten erfolgversprechende Form der Hilfe ist.

Nur im Rahmen dieser Prüfung sollen Erfolgserwägungen berücksichtigt werden können.

- b) Im Rahmen dieser Arbeit kann die Problematik nicht ausführlich erörtert werden, da sie ihrem Umfang und Gewicht nach eine eigene Untersuchung erfordern würde. Es soll deshalb lediglich kurz zu der Frage Stellung genommen werden, welche Bedeutung der Erfolgsprüfung im Jugendgerichtsgesetz zukommt.

Nach den Ausführungen von Held und Stutte ist klargestellt, daß die herkömmliche Unterscheidung zwischen "medizinischer" und "pädagogischer Erfolgsaussicht" in dieser Form nicht sachgerecht und

-
- 1) Dallinger-Lackner, § 12 Anm.24; Riedel, JWG § 64 Anm.9; Krug, § 64 Anm.6; Gräber, § 64 Anm.1c; Hamm, JMBL NRW 63,107; LG Braunschweig in Nds.Rpfl. 65, 14
 - 2) Held in UJ 64, 512 ff.; Stutte, RdJ 65, 117 ff.; Jans-Happe, a.a.O., S. 386
 - 3) Jans-Happe, a.a.O., S. 386; Stutte, RdJ 65, 117 ff., S. 119: "Das Prognose- und Erziehbarkeitskriterium ist ersetzt worden durch das der FE-(FEH-)Indikation". "...prognostische Erwägungen ... nur insoweit, als der Erziehungsnotstand mit seinen polyätiologischen Bedingungen unter curativem Aspekt im Hinblick auf die geeignetste Hilfsmaßnahme geprüft werden muß".

auch kaum zu halten ist. Auch das Gesetz liefert keine Anhaltspunkte für eine derartige Unterscheidung. Das Bedürfnis, das zu dieser Unterscheidung geführt hat, nämlich bestimmte Kreise von Jugendlichen, denen die Fürsorgeerziehung nicht helfen kann, und die diese Einrichtung nur belasten, von den Fürsorgeerziehungsheimen fernzuhalten, ist in gewissem Umfang berechtigt.

In erster Linie ist allerdings nicht die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Erziehungserfolges zu prüfen, sondern nach der geeigneten Form der Hilfe zu fragen.¹⁾ Bei der Auswahl der "richtigen" Maßnahme spielt die Überlegung natürlich eine Rolle, welches Mittel die besten erzieherischen Erfolgsaussichten verspricht. Die Erfolgsaussicht als selektives Prinzip ist grundsätzlich von der Tatbestandsvoraussetzung "wahrscheinlicher Erziehungserfolg" zu unterscheiden. Der wahrscheinliche Erziehungserfolg oder Mißerfolg, der zum Teil von noch unbekannten Umständen der zukünftigen Umwelt des Jugendlichen abhängt, ist in vielen Fällen nicht sicher vorauszusehen. Deshalb ist es sinnvoll, wenn das Jugendwohlfahrtsgesetz in der Fassung vom 11.8.1961 dem Richter die Prüfung der Erfolgsaussicht der Erziehung grundsätzlich und in erster Linie nur noch im Rahmen der Auswahl der relativ geeignetsten Maßnahme zumutet, in der Regel dagegen nicht mehr als tatbestandliche Anordnungsvoraussetzung.

Daß die Fürsorgeerziehung damit in größerem Umfang als bisher für viele Arten sozialer Unver-

1) vergl. dazu die unterschiedlichen Stellungnahmen von Riedel (JWG § 64 Anm.10); Becker (RdJ 64, 129 ff.); Dallinger-Lackner (§ 12 Anm. 24); Jans-Happe (JWG § 64 Bem. 1 Nachtrag, Bem. 6 A und § 62 Bem. 4 A)

träglichkeit zur Verfügung steht, hat u.a. Becker¹⁾ dargestellt. Er glaubt, die Rechtsentwicklung sei hier den tatsächlichen Verhältnissen vorausgeeilt und fordert - wie zahlreiche andere Autoren auch - eine stärkere Differenzierung der Heimtypen.

Der Grundsatz, ein Erziehungsversuch sei auch bei Schwererziehbaren und nahezu Unerziehbaren zu machen, ist auch deshalb sinnvoll, weil nicht einzusehen ist, warum letzteren weniger Hilfe gewährt werden sollte, und warum sie weniger hilfsbedürftig sein sollen als die leicht Erziehbaren.

Inwieweit von der Vermutung der Erziehbarkeit und dem grundsätzlichen Versuch einer Beeinflussung eng begrenzte Ausnahmen zu machen sind, etwa wenn ein langjähriger vergeblicher Erziehungsversuch mit Freiwilliger Erziehungshilfe oder Fürsorgeerziehung bereits gemacht ist, kann hier nicht abschließend erörtert werden. Wichtig müßte sein - wenn man überhaupt Ausnahmen zulassen will -, diese Ausnahmen sehr eng zu begrenzen, damit über diesen Umweg das Prognoseurteil nicht wieder Anordnungsvoraussetzung der Fürsorgeerziehung wird. Es wird im Rahmen einer zukunftsweisenden Rechtsentwicklung darum gehen, diesen "gewissen Rest" von Erfolgsprüfung begrifflich möglichst scharf zu erfassen. Ein Anhalt könnte hier die Formulierung sein, Fürsorgeerziehung entfalle dann als geeignetes Reaktionsmittel, wenn entgegen der grundsätzlichen Vermutung der Erziehbarkeit des Minderjährigen nach einem erfolglosen längeren Erziehungsversuch mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststehe, daß der Minderjährige durch Fürsorgeerziehung nicht mehr zu beeinflussen sei. Als Erfolg müßte schon gewertet

1) RdJ 63, 129 ff. (130)

werden, wenn der Jugendliche vor seinem Abgleiten in stärkere Kriminalitätsformen bewahrt würde.

Wenn Werner¹⁾ mit Recht zu bedenken gibt, daß es nicht ersichtlich sei, wie der Jugendrichter eine Abwägung zwischen verschiedenen Maßnahmen treffen könne, ohne sich Gedanken eines pädagogischen Erfolges der einen und der anderen Maßnahme zu machen, so sieht er die Erfolgsprüfung als Auswahlkriterium der für die Resozialisierung des Minderjährigen geeignetsten Maßnahme an. Bei der Wahl zwischen Fürsorgeerziehung und Jugendstrafe z. B. überlegt Werner, ob in dem gegebenen Einzelfalle angesichts des Charakters und der schädlichen Neigungen²⁾, wie sie sich in Art und Schwere der Straftat geäußert haben, die Behandlung des Täters in einem Erziehungsheim noch zur Erreichung des Zieles der Resozialisierung geeignet sein könne, oder ob bereits eine Unterbringung in der Jugendstrafanstalt nötig sei.

Werner hat überzeugend dargetan, daß die "richtige" Maßnahme im Jugendgerichtsgesetz nicht ohne Erfolgsüberlegungen gefunden werden kann. Andererseits ist damit der wahrscheinliche Erziehungserfolg nicht in jedem Falle Tatbestandsvoraussetzung der Anordnung von Fürsorgeerziehung oder einer anderen Maßnahme des Jugendrechts geworden.³⁾ Denn würde Werner, wenn sich ein Erziehungserfolg nicht voraussagen läßt, in jedem Falle die Anord-

1) Werner, a.a.O., S. 16

2) Werner geht bei seinen Überlegungen davon aus, daß eine exakte Abgrenzung der Begriffe "Verwahrlosung" bei der Fürsorgeerziehung und "schädliche Neigungen" bei der Jugendstrafe gegeneinander kaum möglich ist (a.a.O., S. 14). Zu dieser Frage auch Hellmer, Schuld und Gefährlichkeit, S. 47

3) Für das JWG vergl. die Ausführungen von Stutte, a.a.O., RdJ 65, 117 ff.

nung von Fürsorgeerziehung ablehnen wollen?
Dem Jugendrichter kann man kaum - ebensowenig wie dem Vormundschaftsrichter - in jedem Falle bei den komplexen Bedingungen, die die Entwicklung des Täters beeinflussen und in Zukunft beeinflussen werden, eine einigermaßen sichere Erfolgsprognose für alle Fälle tatbestandsmäßig vorschreiben.

Die Ausführungen Werners bestätigen deshalb nicht die Meinung von Riedel, im Jugendgerichtsgesetz seien sowohl die "medizinische" als auch die "pädagogische Erfolgsaussicht" Anordnungsvoraussetzungen der Fürsorgeerziehung geblieben.

- c) Gelten bei der Jugendstrafe andere Gesichtspunkte der Erfolgsprüfung als bei der Anordnung der Erziehungsmaßregeln?

Für eine Prüfung der Erfolgsaussicht als genereller Tatbestandsvoraussetzung der Jugendstrafe könnte der Wortlaut des § 19 I letzter Halbs.JGG herangezogen werden:

Wenn negative Tatbestandsvoraussetzung der unbestimmten Jugendstrafe ist, daß sich "nicht voraussehen läßt, welche Zeit erforderlich ist, um den Jugendlichen durch den Strafvollzug zu einem rechtschaffenen Lebenswandel zu erziehen", so könnte man im Umkehrschluß daraus folgern, bei der bestimmten Jugendstrafe müsse die Zeit, in der die Resozialisierung wahrscheinlich möglich sein wird, vorhersehbar sein; andernfalls sei eben Jugendstrafe von unbestimmter Dauer zu verhängen.

Doch kann dieser Schluß - seine Richtigkeit einmal unterstellt - etwas darüber aussagen, ob die Fürsorgeerziehung im Rechtsfolgesystem des Jugendgerichtsgesetzes zum "letzten Mittel" ge-

worden ist, weil sie seit der Änderung des Jugendwohlfahrtsgesetzes im Jahre 1961 angeblich geringere Anforderungen an die Erfolgsprüfung stellt als die Jugendstrafe?

Zumindest die Jugendstrafe von unbestimmter Dauer stellt keine höheren Anforderungen an die Vorhersehbarkeit eines Erziehungserfolges als die Anordnung der Fürsorgeerziehung; sie ist als umfassendster Eingriff in die Freiheitsrechte des Jugendlichen "letzte Maßnahme" des Jugendgerichtsgesetzes geblieben.

Und die bestimmte Jugendstrafe? Wir dürfen hier nicht wieder qualitative Kriterien bei der Auswahl der richtigen Rechtsfolgemeasures mit quantitativen vermengen:

Wenn Jugendstrafe die (qualitativ) richtige Maßnahme ist, z. B. weil verfestigte kriminelle Neigungen vorhanden sind, denen im Fürsorgeerziehungsheim nicht zweckmäßig begegnet werden kann oder weil das Sühnebedürfnis - erzieherisch begrenzte - Jugendstrafe erfordert, so entfällt Fürsorgeerziehung ohnehin.

Den (quantitativ verstandenen) Subsidiaritätsgrundsatz hatten wir alleine auf die objektive Schwere bezogen, mit der die jugendrichterlichen Maßnahmen in die Rechtsstellung des Minderjährigen eingreifen. Danach sind sowohl die bestimmte wie die unbestimmte Jugendstrafe grundsätzlich härtere Mittel als die Anordnung der Fürsorgeerziehung.

Daraus, daß bei der Jugendstrafe beide Fälle geregelt sind, der der Vorhersehbarkeit des Erziehungserfolges wie der der nicht absehbaren erzieherischen Beeinflussung des Täters, läßt sich keine Durchbrechung des an der Eingriffsschwere

orientierten Subsidiaritätsprinzips ableiten. Die Fürsorgeerziehung ist i.d.R. nicht für Jugendliche mit verfestigten kriminellen Neigungen geeignet, dazu leistet die umfassender die Rechte des Jugendlichen beschränkende - also subsidiäre - bestimmte wie unbestimmte Jugendstrafe bessere Dienste.¹⁾

Wenn man, wie es hier geschieht, die Erfolgsprüfung in erster Linie als Kriterium zur Auswahl der geeigneten Reaktionsform betrachtet, hat sie mit der Frage der Subsidiarität nichts zu tun. Die Behauptungen, von denen Miehe ausging, daß bei der Anordnung der Fürsorgeerziehung im Rahmen der §§ 5 I, 9 Ziff. 3 JGG die Erfolgsaussicht der Erziehung Anordnungsvoraussetzung sei, jedoch nicht bei der Verhängung von Jugendstrafe, und daß die Fürsorgeerziehung somit zum "letzten Mittel" des Jugendgerichtsgesetzes werde, sind deshalb nicht zutreffend. Zu dem gleichen Ergebnis kommen Dallinger-Lackner:²⁾ "Es gibt keinen zwingenden Grund für die Annahme, daß ausgerechnet eine Erziehungsmaßregel dazu bestimmt sein sollte, die schwerst- oder unerziehbaren Frühkriminellen aufzunehmen."

1) Dies gilt in erster Linie de lege lata und hindert nicht, de lege ferenda die Jugendstrafe der Fürsorgeerziehung anzunähern, um schließlich den Vollzug der Jugendstrafe durch ein System differenzierter Heime ganz zu ersetzen. Vergl. dazu z.B. die Ausführungen von Schaffstein, Die Bemessung der Jugendstrafe, S. 9, 10 und Hellmer, Schuld und Gefährlichkeit, S. 211: "... und daß bei uns vorwiegend nur noch dogmatische Gesichtspunkte einer Zusammenlegung beider Einrichtungen (Fürsorgeerziehung und Jugendstrafe) entgegenstehen." und dort Anm. 24: "Allerdings sind auch die nicht mehr stichhaltig, nachdem Jugendgefängnis wegen besonders erheblicher schädlicher Neigungen verhängt werden kann (§ 17 Abs. 2 JGG)."

2) § 12, Anm. 24 a.E.

V. Zusammenfassung der Ergebnisse des 1. Kapitels:

1. Bei der Fürsorgeerziehung als Erziehungsmaßregel muß die Entwicklungsreife nach § 3 S. 1 JGG festgestellt werden, obwohl auch bei fehlender Reife die gleiche Maßnahme angeordnet werden kann (§ 3 S. 2 JGG).
2. Die Tatsache, daß die Erziehungsmaßregeln - und also auch die Fürsorgeerziehung - "aus Anlaß" der Straftat eines Jugendlichen angeordnet werden, die Straftat aber mit Zuchtmitteln und Jugendstrafe "geahndet" wird, vermag keinen "wesentlichen Unterschied" zwischen den Erziehungsmaßregeln auf der einen und den anderen Reaktionsformen auf der anderen Seite zu begründen. Insbesondere ist aus der Formulierung "geahndet" nicht die Anerkennung des Vergeltungsgedankens als erster und letzter Begründung der jugendstrafrechtlichen Reaktionen "Zuchtmittel" und "Jugendstrafe" zu entnehmen. Der Schuldvergeltungsgedanke ist im Jugendgerichtsgesetz durch den Erziehungsgedanken gebunden. - Andererseits lassen sich aber bei den Erziehungsmaßregeln, insbesondere der Anordnung der Fürsorgeerziehung, weder sühnende Wirkungen ausschließen, noch sollen sie in allen Fällen vermieden werden, in denen sie im Sinne einer wohlverstandenen Erziehung wirken können.

Damit sind grundlegende dogmatische Unterschiede zwischen Jugendgerichtsgesetz und Jugendwohlfahrtsgesetz gefallen. Beide Gesetze dienen letztlich den gleichen Zielen. Es bleiben die sachlichen Unterschiede, daß das Wohlfahrtsrecht seine Maßnahmen in der Regel nicht an eine Tat anknüpft und auch sonst im Verfahren freier ist.

3. Der Subsidiaritätsgrundsatz als Ausfluß des allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit besagt für die Zumessungslehre im Jugendstrafrecht, der Richter habe bei mehreren ihm zur Verfügung stehenden geeigneten Maßnahmen, wenn er es nicht für notwendig halte, die Maßnahmen zu verbinden, diejenige zu wählen, die am wenigsten in die Rechtssphäre des betroffenen Jugendlichen eingreife.

Die Worte "nicht ausreichen" in § 5 II JGG waren in diesem Zusammenhang vom Subsidiaritätsprinzip zu lösen und im Sinne von "geeignet sind" berichtend auszulegen.

4. Die Jugendstrafe ist "letztes Mittel" jugendrichterlicher Reaktionen geblieben.

2. Kapitel

Die Anordnung der Fürsorgeerziehung nach § 3 Satz 2 JGG

Verneint der Jugendrichter auf Grund mangelnder Reife des Jugendlichen dessen Schuldfähigkeit nach § 3 S. 2 JGG oder muß die entwicklungsbedingte Unreife zugunsten des Täters unterstellt werden¹⁾, so kann das Gericht dieselben Maßnahmen anordnen, wie der Vormundschaftsrichter (§ 3 S. 2 JGG). Zu den vormundschaftsrichterlichen Maßnahmen gehört gemäß § 64 JWG auch die Fürsorgeerziehung.

Dabei ist es für die Anordnung der Fürsorgeerziehung gleichgültig, ob der Jugendrichter das Strafverfahren wegen fehlender Reife des Jugendlichen eingestellt (§ 47 I Ziff. 3 JGG), oder ein freisprechendes Urteil gefällt hat.²⁾

- I. Will der Jugendrichter Fürsorgeerziehung anordnen, so muß er grundsätzlich deren sachliche Voraussetzungen nach dem Jugendwohlfahrtsgesetz prüfen und bejahen, obwohl für § 3 Satz 2 JGG eine dem § 12 Satz 1 JGG entsprechende Verweisung fehlt. Dies ist - jedenfalls für die Anordnung von Fürsorgeerziehung nach § 3 S. 2 JGG³⁾ - einhellige Meinung.⁴⁾

1) in dubio pro reo; so Dallinger-Lackner, § 3 Anm. 33 und Anm. 42; Grethlein, § 3 Anm. 5 a)

2) Roestel, a.a.O., S. 23, 24; Dallinger-Lackner, § 3 Anm. 46 (auch bei Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens); Grethlein, § 3 Anm. 5 a)

3) Bei einigen anderen Maßnahmen des § 3 S. 2 JGG ist dies umstritten. Vergl. einerseits Dallinger-Lackner, § 3 Anm. 44, andererseits Grethlein, § 3 Anm. 5 b)

4) Dallinger-Lackner, § 3 Anm. 44; Grethlein, § 3 Anm. 5 b); Riedel, JGG § 3 Anm. 10; Schaffstein, a.a.O., S. 35; u.a.

Grethlein¹⁾ will die Pflicht des Jugendrichters zur Prüfung der sachlichen Voraussetzungen nach Jugendwohlfahrtsrecht direkt aus § 12 S. 1 JGG ableiten. Da aber § 12 S. 1 JGG in dem Abschnitt "Erziehungsmaßregeln" steht, diese mit den vormundschaftsrichterlichen Maßnahmen des § 3 S. 2 JGG jedoch nicht identisch sind²⁾, kommt eine direkte Anwendung von § 12 S. 1 JGG nicht in Frage.

Dallinger-Lackner³⁾ kommen zu dem gleichen Ergebnis, indem sie in § 3 S. 2 JGG nur eine Erstreckung jugendrichterlicher Zuständigkeiten auf vormundschaftsrichterliche Maßnahmen sehen, jedoch keine Erweiterung sachlich-rechtlicher Befugnisse des Jugendrichters.

Ohne die damit angeschnittene Frage beantworten zu wollen, ob der Jugendrichter bei der Anordnung der Fürsorgeerziehung im Rahmen des § 3 S. 2 JGG sachlich "als Vormundschaftsrichter" tätig wird⁴⁾, oder "Jugendrichter bleibt"⁵⁾ - auf diese Frage kommen wir bald zurück -, kann hier bereits festgestellt werden: Wenn der Gesetzgeber mit § 12 S. 1 JGG bei der Anordnung der Fürsorgeerziehung als Erziehungsmaßregel (§§ 5 I, 9 Ziff. 3 JGG) grundsätzlich auf die sachlichen Voraussetzungen nach dem Jugendwohlfahrtsgesetz verweist, so muß dies erst recht für die Anordnung der Fürsorgeerziehung nach § 3 S. 2 JGG gelten; im letzteren Falle ist die Aufgabe des Jugendrichters nämlich noch eher vormundschaftsrichterlicher Tätigkeit - zumindest - angenähert, als bei einer Anordnung der Fürsorgeerziehung nach §§ 5 I, 9 Ziff. 3 JGG,

1) § 3 Anm. 5 b)

2) s. o. S. 11 Anm. 1 a.E.

3) § 3 Anm. 44

4) so z. B. Riedel, JGG § 3 Anm. 10

5) z. B. Roestel, S. 23, 24

wo die Maßregel als Reaktion auf schuldhaft begangene Straftaten völlig in das Rechtsfolgesystem des Jugendgerichtsgesetzes eingefügt ist.¹⁾ Deshalb liegt es bei der Anordnung von Fürsorgeerziehung nach § 3 S. 2 JGG noch näher, die Voraussetzungen der §§ 64 ff. JWG zu prüfen, als bei einer Anordnung der Fürsorgeerziehung nach §§ 5 I, 9 Ziff. 3, 12 JGG, wo dies ausdrücklich gesetzlich gefordert wird (argumentum a maiore ad minus).

Es wäre bei einem so schwerwiegenden Eingriff, wie ihn die Fürsorgeerziehung darstellt, auch unzumutbar, wenn der Jugendrichter die Maßnahme ohne Prüfung der Voraussetzungen der §§ 64 ff. JWG für einen Jugendlichen anordnen dürfte, der weder verwahrlost ist, noch zu verwahrlosen droht. Die Fürsorgeerziehungsheime würden in diesem Fall durch Minderjährige belastet, für die diese Einrichtungen nicht gedacht und nicht geeignet sind.

II. Obwohl im Grundsatz also Einigkeit darüber herrscht, daß der Jugendrichter im Rahmen des § 3 Satz 2 JGG die sachlichen Voraussetzungen der §§ 64 ff. JWG zu berücksichtigen hat, ist doch im einzelnen der Umfang dieser Prüfungspflicht umstritten. Unterschiedlich wird vor allem die Frage beantwortet, ob der Jugendrichter die strenge Subsidiaritätsforderung des § 64 Satz 2 JWG zu beachten hat und vor der Anordnung von Fürsorgeerziehung den Versuch freiwilliger Erziehungshilfe veranlassen muß, oder ob hier der Jugendrichter analog § 12 Satz 2 JGG von diesem Versuch befreit ist.

1. Drei unterschiedliche Meinungen zu dieser Frage sollen angeführt werden. Dies erscheint ausrei-

1) s. o. S. 6, 15 ff., 47

chend, um die Grundlagen des Problems aufzufinden.

- a) Roestel hält § 12 Satz 2 im Rahmen des § 3 S. 2 JGG für entsprechend anwendbar. Hier liegt wohl die Auffassung zugrunde, daß der Jugendrichter, wenn ihm auch vormundschaftsrichterliche Maßnahmen zugewiesen sind, doch in erster Linie Jugendrichter bleibt und nach jugendrichterlichen Gesichtspunkten verfahren muß.
- b) Vor allem Miehe¹⁾ hat sich mit der Frage beschäftigt, ob die Anordnung der Fürsorgeerziehung nach § 3 S. 2 JGG in erster Linie eine jugendrichterliche oder eine vormundschaftsrichterliche Maßnahme darstellt. Im Gegensatz zu Roestel ist Miehe der Ansicht, das geltende Recht verbiete eine unmittelbare oder mittelbare Anwendung des § 12 Satz 2 JGG im Rahmen des § 3 Satz 2 JGG, obwohl eine solche Lösung zweckmäßig erscheine. Im Falle des § 3 Satz 2 JGG werde der Jugendrichter nämlich nicht "als Jugendrichter" sondern lediglich "in Ausübung vormundschaftsgerichtlicher Befugnisse" tätig. Für den Vormundschaftsrichter sei aber durch die Novelle zum Jugendwohlfahrtsgesetz von 1961 das "jugendamtliche Vorverfahren" gerade vorgeschrieben. Eine zweckentsprechende Lösung sei deshalb nur de lege ferenda möglich, indem § 3 Satz 2 JGG durch eine dem § 12 Satz 2 JGG entsprechende Regelung ergänzt werde.

Eine solche Ergänzung des § 3 S. 2 JGG leitet Miehe aus dem Sinn der Vorschrift ab. Die vormundschaftsrichterlichen Maßnahmen seien in § 3 Satz 2 JGG dem Jugendrichter zugewiesen, um bei

1) RdJ 63, 116 ff. (118)

dem Jugendlichen den erzieherisch nachteiligen Eindruck zu vermeiden, es sei "doch alles in Ordnung"¹⁾. Deshalb müsse der Jugendrichter die vormundschaftsrichterlichen Maßnahmen auch sofort anordnen können; diese sachdienliche Empfehlung werde aber unerfüllbar, wenn der Jugendrichter sich z. B. zur Anordnung von Fürsorgeerziehung entschließe, zunächst aber klären müsse, ob Gewährung von Freiwilliger Erziehungshilfe nach §§ 62, 63 JWG als ausreichende Erziehungsmaßnahme in Betracht komme.

- c) Dallinger-Lackner²⁾ halten - ebenso wie Miehe - § 12 Satz 2 JGG im Rahmen des § 3 Satz 2 JGG nicht für analog anwendbar.

Eine entsprechende Anwendung des § 12 Satz 2 JGG scheitere vor allem daran, so meinen Dallinger-Lackner, daß § 12 Satz 2 als Ausnahmeregelung nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen nur in engen Grenzen auf andere Rechtslagen erstreckt werden könne. Die Befreiung von dem Versuch der freiwilligen Erziehungshilfe im § 12 Satz 2 JGG diene vor allem dem Zweck, eine zügige Durchführung des Strafverfahrens zu erreichen, um die strafrechtliche Reaktion der Tat möglichst auf dem Fuße folgen zu lassen. Dieser Gesichtspunkt habe aber bei verantwortlichen Tätern erheblich größeres Gewicht als bei Schuldunfähigen, bei denen im Hinblick auf die Altersunreife ohnehin kaum Verständnis für den Zusammenhang der begangenen Tat mit der durch sie ausgelösten staatlichen Reaktion bestehe. Deshalb sei ein zwingender Grund für die entsprechende Anwendung des § 12 Satz 2 JGG kaum anzuerkennen, obwohl das Ergebnis rechtlich zweifelhaft bleibe.

1) so Schaffstein, a.a.O., S. 35

2) § 3 Anm. 45

Im Gegensatz zu Miehe halten also Dallinger-Lackner die "jugendamtliche Vorprüfung" bei § 3 Satz 2 JGG nicht nur für gesetzlich geboten, sondern auch für sinnvoll.

2. a) Der weitgefaßte Wortlaut des § 3 Satz 2 JGG, daß der Richter dieselben Maßnahmen anordnen kann wie der Vormundschaftsrichter, enthält keine eindeutige Aussage zu der Frage, ob und in welchem Maße die sachlichen Voraussetzungen des Jugendwohlfahrtsgesetzes bei der Anordnung der Fürsorgeerziehung vom Jugendrichter zu prüfen sind. Er sagt in erster Linie nur etwas über den Kreis der in Frage kommenden Maßnahmen aus. Aus dem Wortlaut ist nicht zu entnehmen, ob der Jugendrichter "als Vormundschaftsrichter", also in Wahrnehmung vormundschaftsrichterlicher Befugnisse tätig wird, oder ob er "Jugendrichter bleibt".
- b) Unter I. hatten wir den Grundsatz aufgestellt, daß der Jugendrichter im Rahmen des § 3 S. 2 JGG die sachlichen Voraussetzungen des Jugendwohlfahrtsgesetzes zu prüfen hat.
- aa) Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist nicht direkt aus § 12 S. 2 JGG herzuleiten, da § 12 JGG als Sondervorschrift nur für die Fürsorgeerziehung als Erziehungsmaßregel gilt.¹⁾
- bb) Der Meinung von Roestel kann man sich deshalb nur anschließen, wenn man § 12 S. 2 JGG im Rahmen des § 3 S. 2 JGG für analog anwendbar hält. Ein Analogieschluß setzt eine "echte Gesetzeslücke" voraus, die entsprechend § 12 S. 2 JGG zu schließen ist.²⁾

1) s. o. S. 67 oben

2) Bartholomeyczik, a.a.O., S.81 u. 82

Die Vertreter der Gegenmeinung könnten im Umkehrschluß aus dem Fehlen einer dem § 12 S. 2 JGG entsprechenden Vorschrift in § 3 S. 2 JGG folgern, der Gesetzgeber habe bei der Einführung des § 12 S. 2 keine entsprechende Regelung in § 3 S. 2 JGG getroffen, gerade um dem Jugendrichter bei der Anordnung von Fürsorgeerziehung auch weiterhin die "jugendamtliche Vorprüfung" (Versuch der Freiwilligen Erziehungshilfe) vorzuschreiben.¹⁾

Dabei muß man im Auge behalten, daß diese letztere Meinung der Regel entspricht, die sachlichen Voraussetzungen der §§ 64 ff. JWG zu prüfen²⁾, eine entsprechende Anwendung von § 12 S. 2 JGG aber eine Ausnahmeregelung darstellt.³⁾

cc) Die Entscheidung zwischen Analogie und Gegenteilsschluß kann - nach Bartholomeyczik⁴⁾ - nur nach gründlicher Abwägung des gesetzlich geregelten und des zu entscheidenden Interessenkonflikts getroffen werden, wobei für die letzte Entscheidung der rechtspolitische Zweck ausschlaggebend ist. Analogie und argumentum e contrario sind logisch einander gleichberechtigt.⁵⁾

a') Unterschiede in der gesetzlichen Regelung der Anordnung der Fürsorgeerziehung nach den §§ 5 I, 9 Ziff. 3 JGG und nach § 3 S. 2 JGG bestehen darin, daß bei § 3 Satz 2 JGG keine Schuldfähigkeit für die Anordnung der Fürsorgeerziehung vorausgesetzt wird und teilweise sogar bei festgestellter Schuldunfähigkeit nicht einmal die Prü-

1) Bartholomeyczik, S.92: "Die abschließende Regelung begründet den Gegenteilsschluß, die Feststellung der Gesetzeslücke bereitet den Weg zur Analogie."

2) s. o. S. 66 und dort Anm. 3 u. 4

3) so Dallinger-Lackner, § 3 Anm. 45

4) a.a.O., S. 92

5) Kohlrausch, § 2 IV 5

fung verlangt wird, ob eine Straftat vorliegt.¹⁾
Bei den §§ 5 I, 9 Ziff. 3 JGG sind Tat- und
Schuldfeststellung Anordnungsvoraussetzungen
der Fürsorgeerziehung. Diese Gegenüberstellung
zeigt, daß die Fürsorgeerziehung als Erziehungs-
maßregel intensiver in das jugendstrafrechtliche
Rechtsfolgesystem eingegliedert ist als bei ihrer
Anordnung nach § 3 Satz 2 JGG.

- b') Auch ein anderer strafprozessualer Gedanke ist
bei § 3 Satz 2 JGG nicht gleichermaßen anwendbar,
wie bei den §§ 5 I, 9 Ziff. 3 JGG. Der Gedanke
der zügigen Durchführung, des schleunigen Abschlus-
ses des Strafverfahrens, mag zwar für die Anord-
nung der Fürsorgeerziehung nach den §§ 5 I, 9
Ziff. 3 JGG Bedeutung haben, da das Urteil ohne
die Regelung des § 12 S. 2 JGG so lange nicht er-
gehen könnte, bis durch das Jugendamt geklärt ist,
ob Freiwillige Erziehungshilfe in
Betracht kommt.

Anders dagegen bei § 3 Satz 2 JGG. Hier kann der
Einstellungsbeschluß oder das freisprechende,
die Instanz beendende Urteil ergehen, während der
Jugendrichter nicht gehindert ist, mit dem die
Fürsorgeerziehung anordnenden Beschluß noch die
Prüfung abzuwarten, ob Freiwillige Erziehungs-
hilfe gewährt werden kann. Diese Unterschiede
sollten bei einem Analogieschluß zu der Ausnahme-
regelung des § 12 Satz 2 JGG zur Vorsicht mahnen.

- c') Schließlich sollen Sinn und erzieherischer Zweck
der Regelungen in §§ 5 I, 9 Ziff. 3, 12 JGG und
in § 3 S. 2 JGG verglichen werden.

1) Str.; so AG Kiel in NJW 52, 1429 mit abl.Anm.
von Potrykus in NJW 53, 276; Dallinger-Lackner,
nennen die Entscheidung des AG Kiel "bedenk-
lich" (§ 3 Anm. 41 a.E.).

- a") Sinn der Regelung der freiwilligen Erziehungshilfe im Jugendwohlfahrtsgesetz ist es vor allem, die erzieherisch oft unguten Wirkungen einer zwangsweisen Unterbringung im Fürsorgeerziehungsheim oder in Familienpflege durch eine freie Vereinbarung mit den Erziehungsberechtigten zu ersetzen.¹⁾ Die Mitarbeit der Erziehungsberechtigten soll gewährleistet werden.

Es liegt nahe, diesen erzieherischen Vorteil auch im Rahmen des Jugendgerichtsgesetzes wahrzunehmen.

- b") Dem stehen jedoch Eigengesetzlichkeiten des Jugendstraßverfahrens entgegen. Die jugendrichterliche Reaktion soll der Tat möglichst auf dem Fuße folgen, um bei dem Jugendlichen einen unmittelbaren erzieherischen Eindruck zu gewährleisten.

Außerdem soll der Abschluß des Strafverfahrens nicht unnötig hinausgezögert und eine doppelte Behandlung des Vorgangs durch Jugendrichter und Vormundschaftsrichter vermieden werden.²⁾ Diese Gedanken haben zu der Einführung des § 12 S. 2 JGG geführt. Daß im Rahmen der Anordnung der Fürsorgeerziehung nach §§ 5 I, 9 Ziff. 3, 12 JGG ebenfalls Situationen denkbar sind, in denen die Vorteile eines Versuchs der Freiwilligen Erziehungshilfe die erzieherischen Vorteile des § 12 S. 2 JGG übertreffen werden, ist nicht zu leugnen. Dies kann z. B. dann der Fall sein, wenn infolge längerer Ermittlungen oder aus anderen Gründen die Hauptverhandlung erst lange Zeit nach der Tat angesetzt wird, und man von einer "unmittelbaren Reaktion auf die Tat" kaum mehr sprechen kann. Dann wird es auch nicht mehr auf die für den Versuch von Freiwilliger Erziehungshilfe notwendige Zeitspanne ankommen.

1) Riedel, JWG § 62 Anm. 1 f.

2) Dallinger-Lackner, § 3 Anm. 45

Hier hat sich der Gesetzgeber jedoch mit § 12 S. 2 JGG auf die "jugendrichterliche Lösung" festgelegt, wohl aus der Überlegung heraus, daß die meisten Fälle der Anordnung von Fürsorgeerziehung bei schuldfähigen Jugendlichen einer raschen Reaktion bedürfen.

d') Inwieweit haben diese Gedanken für die Anordnung von Fürsorgeerziehung nach § 3 S. 2 JGG Gültigkeit?

Die Ansicht von Dallinger-Lackner¹⁾, bei den schuldunfähigen Tätern bestehe im Hinblick auf die Altersunreife ohnehin kaum Verständnis für den Zusammenhang der begangenen Tat mit der durch sie ausgelösten staatlichen Reaktion, ist zu einseitig. Die Verknüpfung von Tat und Reaktion wird auch einer Reihe von Schuldunfähigen gelingen, denn welchen Sinn hätte sonst die Regelung des § 3 Satz 2 JGG und die Begründung dieser Vorschrift, sie solle dem erzieherisch negativen Einfluß von Freisprüchen mangels Reife durch eine gleichzeitig erfolgende Anordnung von vormundschaftsrichterlichen Maßnahmen begegnen? Welchen Sinn hätte der Satz - auf den sich auch Dallinger-Lackner berufen²⁾ -, die Anordnung der Fürsorgeerziehung sei auch bei § 3 Satz 2 JGG möglichst dem Vormundschaftsrichter zu überlassen, um einer falschen Bewertung der Fürsorgeerziehung als Strafmaßnahme vorzubeugen? Bei beiden Überlegungen wird doch die Fähigkeit des Schuldunfähigen vorausgesetzt, Tat und Reaktion zu verknüpfen.

Daß es durchaus geboten sein kann, im Rahmen des § 3 Satz 2 JGG auf den Versuch der freiwilligen

1) § 3 Anm. 45

2) § 3 Anm. 46

ligen Erziehungshilfe zu verzichten, hat Mieh¹⁾ ausgeführt: Wenn sich erst in der Hauptverhandlung herausstellt, daß der Jugendliche nicht verantwortlich ist, sollen die erzieherisch ungünstigen Wirkungen eines Freispruchs vermieden und deshalb gleich mit dem Freispruch die Anordnung von Erziehungsmaßregeln verbunden werden können, ohne daß der Jugendrichter zuvor den zeitraubenden Versuch Freiwilliger Erziehungshilfe machen muß. Der Jugendrichter soll sofort reagieren können, damit der Jugendliche nicht mit dem Gefühl nach Hause geht, es sei "doch alles in Ordnung".²⁾

Diese Gedanken können noch durch folgende Überlegung ergänzt werden:

Legt man bei einem Schuldunfähigen aus erzieherischen Gründen Wert auf eine Verknüpfung von Tat und Reaktion, so muß hier die Reaktion der Tat wahrscheinlich noch unmittelbarer folgen als bei einem Jugendlichen mit entsprechender Reife, da bei letzterem der Zusammenhang von Tat und Reaktion in vielen Fällen noch länger hergestellt werden kann als bei einem unreifen Jugendlichen.

Andererseits kann nicht geleugnet werden, daß vielen Schuldunfähigen eine Verknüpfung von Tat und Reaktion auf Grund ihrer mangelnden Reife nur schwer möglich sein wird. Auch kann es in einer Reihe von Fällen pädagogisch unzweckmäßiger sein, Tat und Reaktion in Zusammenhang zu bringen, z. B. wenn dem Jugendlichen die Maßnahme im Verhältnis zur (unverschuldeten) Tat unangemessen hart erscheinen muß. Das kann gerade bei der Anordnung von Fürsorgeerziehung leicht der Fall sein.

1) RdJ 63, 116 ff. (118)

2) Schaffstein, a.a.O., S. 35 a.E.

Aber berechtigen diese Überlegungen zu dem Schluß, bei der Anordnung der Fürsorgeerziehung sei entsprechend der Regelung in § 12 S. 2 generell auf den Versuch Freiwilliger Erziehungshilfe zu verzichten?

Für beide vertretenen Meinungen lassen sich unter dem Gesichtspunkt pädagogischer Zweckmäßigkeit Gründe und Gegengründe finden. Genauer: Es sind erzieherische Situationen denkbar, in denen die eine oder in denen die andere Auffassung ein angemesseneres Verhalten des Jugendrichters ermöglicht.

So machen zwar die Ausführungen von Miehe deutlich, daß in manchen Fällen der Versuch der freiwilligen Erziehungshilfe unzweckmäßig sein kann, wenn eine sofortige Reaktion erforderlich ist. Miehe geht aber wiederum zu weit, wenn er de lege ferenda - Roestel sogar de lege lata - generell den Jugendrichter bei § 3 Satz 2 JGG der Prüfung, ob vorrangig Freiwillige Erziehungshilfe gewährt werden sollte, entheben will. Den Erziehungsvorteil, der mit der Freiwilligen Erziehungshilfe in bestimmten Fällen erlangt werden kann, sollte auch der Jugendrichter wahrnehmen können, zumal er das Strafverfahren durch Einstellungsbeschluß oder freisprechendes Urteil beenden kann.

Dallinger-Lackner vereinfachen zu stark, wenn sie generell die Erforderlichkeit der Prüfung, ob freiwillige Erziehungshilfe gewährt werden kann, bejahen, weil die noch nicht genügend reifen Jugendlichen Tat und Reaktion nicht verbinden könnten; Miehe simplifiziert dagegen, wenn er behauptet, der Versuch der Freiwilligen Erziehungshilfe sei generell unangebracht.

Es zeigt sich hier deutlich die Wahrheit des Satzes, daß Erziehung nur "im Raume der Freiheit

gedeihen" kann.¹⁾ Allzu starke Reglementierungen sind, selbst wenn sie aus erzieherischen Absichten erfolgen, der Erziehung abträglich. Zu starke Verallgemeinerungen und Fixierungen einzelner Erziehungsgedanken sind der Berücksichtigung der individuellen Erziehungsbedürfnisse abträglich.

Polemisch könnte man sogar behaupten, es wäre *de lege lata* das beste, die angeschnittene Streitfrage überhaupt nicht im Sinne einer bestimmten Richtung zu lösen, um dem Richter die Möglichkeit zu erhalten, sich im Einzelfall der den erzieherischen Erfordernissen gerade am besten entsprechenden Meinung bedienen zu können.

e') Leider ist das nicht möglich. Es gilt hier die Frage zu beantworten, ob die Rechts- und Interessenlage bei § 3 S. 2 JGG derjenigen entspricht, die zur Einführung des § 12 S. 2 JGG geführt hat. Eine generelle Antwort, ob die rechtspolitischen Zwecke bei § 3 S. 2 JGG und § 12 S. 2 JGG identisch sind, ließ sich nicht finden. Es waren immerhin zahlreiche Fälle denkbar, in denen eine entsprechende Regelung zu § 12 S. 2 JGG nicht zweckmäßig erschien. Damit verbietet sich aber schon ein gesetzesanaloger Schluß zu der Ausnahmeregelung des § 12 S. 2 JGG. Ist aber ein Analogieschluß nicht möglich, so bleibt es bei der allgemeinen Regelung, daß der Jugendrichter die sachlichen Voraussetzungen des § 64 ff JWG zu prüfen und gegebenenfalls gemäß § 64 S. 2 JWG die Prüfung zu veranlassen und abzuwarten hat, ob Freiwillige Erziehungshilfe gewährt werden kann.

Ob es de lege ferenda zweckmäßig erscheint, eine dem § 12 Satz 2 JGG entsprechende Regelung bei

1) Hellmer, Erziehung und Strafe, S. 105;
Simonsohn, a.a.O., S. 100

§ 3 Satz 2 einzuführen, ohne daß man zuvor das Verhältnis von Vormundschaftsrichter und Jugendrichter, von Vormundschaftsrecht und Jugendrecht ^{Kriminal} neu bestimmt und abgrenzt, erscheint nach alldem, was über Vor- und Nachteile beider Möglichkeiten gesagt wurde, zweifelhaft. Denn mit einer gesetzlichen Regelung im Sinne Miehes wäre das Problem nicht gelöst sondern nur verschoben.

Alle diese Überlegungen sollen nicht ausschließen, daß es auch im Rahmen des § 3 Satz 2 JGG zweckmäßig sein kann, Fürsorgeerziehung ohne den vorherigen Versuch Freiwilliger Erziehungshilfe anzuordnen. Es sollte nur gezeigt werden, daß die Gesetzeslage bei § 3 Satz 2 nach dem geltenden Recht derjenigen bei den §§ 5 I, 9 Ziff. 3 JGG nicht so ähnlich ist, daß man ohne weiteres einen Analogieschluß zu der Ausnahmeregelung in § 12 Satz 2 JGG ziehen kann. Damit bleibt der Jugendrichter bei der Anordnung von Fürsorgeerziehung bei nicht verantwortlichen Tätern in weiterem Maße an die sachlichen Voraussetzungen des Jugendwohlfahrtsgesetzes gebunden als bei verantwortlichen Tätern.

III. Müssen wir mit dieser Feststellung der Auffassung Miehes zustimmen, hinter der Frage, ob § 12 S. 2 bei § 3 S. 2 JGG entsprechend anzuwenden sei, stehe das allgemeinere Problem, ob im Rahmen des § 3 S. 2 der Jugendrichter "als Jugendrichter" oder "als Vormundschaftsrichter" tätig werde? Und kann man Folgerungen aus der Behauptung ziehen, der Jugendrichter nähme bei § 3 S. 2 JGG vormundschaftsrichterliche, bei §§ 5 I, 9 Ziff. 3, 12 JGG aber jugendrichterliche Aufgaben wahr ?

1. Aus den Erörterungen im 1. Kapitel geht hervor, daß ein grundlegender dogmatischer Unterschied zwischen den Aufgaben des Jugendrichters und des Vormundschaftsrichters nicht ersichtlich ist. Der reine Vergeltungsgedanke entfällt im Jugendstrafrecht ohnehin. Es bleibt also als Ziel sowohl des Jugendstrafrechts als auch des Jugendwohlfahrtsrechts das Bemühen um die Resozialisierung des Jugendlichen. Aus diesen Grundgedanken ergibt sich natürlicherweise die Verweisung des § 12 S. 1 JGG auf die sachlichen Voraussetzungen des Vormundschaftsrechts. Widerspricht es dem aber, wenn § 12 S. 2 JGG "aus Gründen des Strafverfahrens" den Versuch der Gewährung von Freiwilliger Erziehungsfürsorge ausschließt? Bestehen andere sachliche Unterschiede in den Aufgaben von Vormundschafts- und Jugendrichter?
2. Gerade bei dem eben behandelten Problem der Anwendung des § 12 S. 2 JGG im Rahmen des § 3 S. 2 JGG haben wir gesehen: Beide Entscheidungen, die für eine entsprechende Anwendung von § 12 S. 2 im Rahmen des § 3 S. 2 wie die entgegengesetzte Auffassung werden letztlich mit pädagogischen Argumenten begründet. Sowohl durch die gesetzliche Fixierung der einen wie der anderen Möglichkeit müssen erzieherische Nachteile in Kauf genommen werden.

Hält man eine Verknüpfung von Tat und Reaktion aus erzieherischen Gründen für sinnvoll, so ist in der Regel eine schleunige Reaktion geboten. Andernfalls ist der Versuch freiwilliger Erziehungshilfe wertvoller. Auch Erziehungsbeistandschaft nach §§ 55 ff. JWG kommt in Betracht. Entsprechendes gilt auch für § 12 S. 2 JGG, allerdings unter stärkerer Betonung der schleunigen Reaktion durch den Jugendrichter.

Eine grundlegende Trennung der Aufgaben von Jugendrichter und Vormundschaftsrichter ließe sich demnach höchstens dadurch noch erreichen, daß man dem Jugendrichter sämtliche Fälle zuweist, in denen eine Verknüpfung von Tat und Reaktion erzieherisch notwendig ist (auch im Rahmen des § 3 S. 2 JGG bei Nichtverantwortlichen), dem Vormundschaftsrichter aber die nicht tatgebundene "reine Erziehung" überließe. Der Jugendrichter hätte danach jede Anordnung von Fürsorgeerziehung dann dem Vormundschaftsgericht zu überweisen, wenn er eine Verbindung von Tat und Maßnahme für unangebracht hielte, selbst dann, wenn er die Voraussetzungen der Fürsorgeerziehung geprüft und bejaht hätte. Bei § 3 S. 2 JGG wäre dann für die dem Jugendrichter verbleibenden eilbedürftigen Fälle eine dem § 12 S. 2 JGG entsprechende Regelung einzuführen.

Aber auch eine solche Trennung von "Tatreaktion" und nicht tatorientierter "reiner Erziehung" enthielte wieder eine übermäßige konstruktive Reglementierung von Erziehungsgedanken. Denn einmal erscheint es fraglich, ob nicht in vielen Fällen, in denen der Vormundschaftsrichter nach einer "Verweisung" Fürsorgeerziehung anordnet, der Jugendliche nicht doch glaubt, die Maßnahme sei als Reaktion auf seine Tat angeordnet worden. Dies ist besonders dann möglich, wenn nach einer Hauptverhandlung vor dem Jugendrichter an den Vormundschaftsrichter "verwiesen" wird, der Jugendrichter aber in Personalunion auch Vormundschaftsrichter ist. Der Jugendliche, der den gleichen Richter einmal mit und einmal ohne Talar sieht, wird kaum beide Verfahrensarten unterscheiden. Und sicher wird auch der Vormundschaftsrichter

dem Jugendlichen in vielen Fällen klarzumachen versuchen, warum er in ein Fürsorgeerziehungsheim kommt und dabei, wenn es nötig erscheint, auch auf die Straftaten des Minderjährigen als Symptome seines sozialwidrigen Verhaltens hinweisen. Diese erzieherische Möglichkeit sollte grundsätzlich dem Vormundschaftsrichter nicht genommen werden.

3. Zum anderen begegnet eine solche "Verweisung" auch rechtlichen Schwierigkeiten: § 53 JGG, der eine Überlassung von Erziehungsmaßnahmen an den Vormundschaftsrichter ermöglicht und den Vormundschaftsrichter in bestimmten gesetzlichen Grenzen bindet, gilt für § 3 Satz 2 JGG nicht. Dies ergibt sich daraus, daß die Maßnahmen des § 3 S. 2 JGG nicht unter den gesetzestechnischen Ausdruck der Weisungen (§ 10 JGG) fallen und § 53 JGG im Abschnitt "Jugendstraßverfahren" (§§ 47 ff. JGG) steht. Da für § 3 S. 2 JGG eine dem § 53 entsprechende Verweisungsvorschrift fehlt, kann der Jugendrichter beim Vormundschaftsgericht nur anregen, die Fürsorgeerziehung anzuordnen. Der Vormundschaftsrichter ist dann aber keineswegs an den Vorschlag des Jugendrichters gebunden und nicht verpflichtet, überhaupt tätig zu werden.
- IV. War Gegenstand der Erörterungen unter I. und II., nach welchen Bestimmungen sich die sachlichen Voraussetzungen der Fürsorgeerziehung im Rahmen des § 3 S. 2 JGG zu richten haben, so soll im folgenden überlegt werden, welchen Verfahrensvorschriften die nach § 3 S. 2 JGG angeordnete Fürsorgeerziehung unterliegt.

Dabei interessiert in erster Linie die Frage nach den Rechtsbehelfen gegen die richterliche Maßnahme.

Bei der Anordnung der Fürsorgeerziehung nach §§ 5 I, 9 Ziff. 3, 12 JGG konnten rechtlich keine Bedenken auftreten, da dort die Fürsorgeerziehung als reguläre jugendrichterliche Maßnahme im Urteil angeordnet wird, und sie damit den gegen ein jugendrichterliches Urteil gegebenen Rechtsmitteln unterliegt.

Bei der Frage, welche Rechtsmittel gegen die Anordnung der Fürsorgeerziehung nach § 3 Satz 2 JGG möglich sind, ist zunächst zu unterscheiden, ob das Verfahren durch freisprechendes Urteil oder durch Einstellungsbeschluß beendet wird.

Im ersteren Falle sind Rechtsmittel sowohl gegen das Urteil als auch unmittelbar gegen den die Fürsorgeerziehung anordnenden Beschluß denkbar.¹⁾ Ist das Verfahren nach § 47 I 3 JGG eingestellt worden, so kommt gegen den Einstellungsbeschluß selbst kein Rechtsmittel in Frage (§ 47 II 3 JGG), sondern lediglich gegen den die Einstellung begleitenden Beschluß, in dem die Fürsorgeerziehung angeordnet wird.

1. Anfechtung des freisprechenden Urteils: Bei der Anfechtung eines jugendrichterlichen Urteils kommen nur die Rechtsmittel des Jugendstrafverfahrens in Betracht.²⁾ Der zur Rechtsmitteleinlegung berechtigte Personenkreis wird danach durch das Jugendgerichtsgesetz bestimmt, so daß Jugendamt und Landesjugendamt als Rechtsmittelberechtigte ausscheiden.³⁾

Bestehen insoweit keine rechtlichen Bedenken, so ist doch fraglich, ob die Anfechtung eines freisprechenden Urteils durch den Betroffenen oder

1) Roestel, a.a.O., S. 24

2) vergl. oben unter IV. 3. Absatz

3) Brand-Hensel, S. 536; Dallinger-Lackner, § 3 Anm. 46

seinen gesetzlichen Vertreter zulässig ist, wenn dadurch mittelbar der Fürsorgeerziehungsbeschluß angegriffen werden soll. Mit anderen Worten: Liegt bei einem wegen entwicklungsbedingter Unverantwortlichkeit freisprechenden Urteil eine Beschwer des Minderjährigen vor, wenn gleichzeitig Fürsorgeerziehung angeordnet wird?

- a) Zuerst ist dabei die Frage zu beantworten, ob nicht ein Freispruch wegen entwicklungsbedingter Unverantwortlichkeit für sich schon eine Beschwer des Freigesprochenen darstellt.

Der 1. Senat des Bundesgerichtshofs¹⁾ hat auf Vorlagebeschluß des Bayerischen Obersten Landesgerichts²⁾ entschieden, ein Freispruch enthalte selbst dann keine Beschwer, wenn er wegen Zurechnungsunfähigkeit des Freigesprochenen (§ 51 I StGB) erfolge und das Gericht offen lasse, ob überhaupt eine tatbestandsmäßige rechtswidrige Handlung vorgelegen habe. Das Urteil ist ausführlich begründet. Die Gründe können hier nicht im einzelnen wiedergegeben werden. Wichtig ist vor allem der Satz, der Angeklagte könne nur bei Beschwer durch den Urteilsspruch, nicht aber bei einer Beschwer durch die Urteilsgründe ein Rechtsmittel einlegen. Im Urteilstenor sind die Gründe des Freispruchs nicht genannt. Eine Beschwer durch den Freispruch ist also nicht ersichtlich. Bei einem Freispruch wegen Unverantwortlichkeit nach § 3 S. 1 JGG gilt grundsätzlich dasselbe.³⁾

Wird die Fürsorgeerziehung in einem vom Urteil gesonderten Beschluß angeordnet, so ist nicht zu sehen, wie der Minderjährige durch den Tenor

1) BGHSt 16, 374 ff.

2) NJW 61, 576

3) ebenso Grethlein, § 3 Anm. 6

des freisprechenden Urteils beschwert sein soll. In diesem Falle bleibt nur die Möglichkeit, ebenso wie bei einer Einstellung nach § 47 Ziff. 3 JGG, gegen den die Fürsorgeerziehung anordnenden Beschluß mit Rechtsmitteln vorzugehen.¹⁾

- b) Anders liegt der Fall jedoch dann, falls der Jugendrichter im Tenor des freisprechenden Urteils Fürsorgeerziehung anordnen sollte. Wenn die Einweisung in ein Fürsorgeerziehungsheim auch im Interesse des Erziehungsbedürftigen erfolgt, so stellt sie doch einen erheblichen Eingriff in die persönliche Freiheit des Minderjährigen dar²⁾ und bildet für ihn nach objektiven Gesichtspunkten eine nicht geringe Beschwer.

2. Fragt man nach den Rechtsmitteln gegen den jugendrichterlichen Beschluß, durch den bei Verfahrensbeendigung Fürsorgeerziehung angeordnet wird, so bieten sich wieder zwei Möglichkeiten an:

Begreift man die Anordnung der Maßnahmen des § 3 S. 2 JGG als jugendrichterliche Entscheidung, so wird man die Rechtsmittelvorschriften des Jugendgerichtsgesetzes und der Strafprozeßordnung anwenden.

Sieht man dagegen in dem Beschluß eine Entscheidung auf dem Gebiet des Vormundschaftsrechts, so liegt es nahe, die Rechtsmittelvorschriften des Jugendwohlfahrtsgesetzes anzuwenden.

- a) Dallinger-Lackner³⁾, Riedel⁴⁾ und Roestel⁵⁾ weisen ausdrücklich darauf hin, daß sich das Verfahren

1) a.A.: Roestel, a.a.O., S.24; wohl auch Grethlein, § 3 Anm. 6

2) Schaffstein, a.a.O., S. 65

3) § 3 Anm. 46 a.E.

4) JGG § 3 Anm. 10

5) a.a.O., S. 25

bei einer Anordnung von Fürsorgeerziehung gemäß § 3 Satz 2 JGG nach den Bestimmungen des Jugendgerichtsgesetzes und der Strafprozeßordnung richte.

Besonders Roestel betont, für den die Fürsorgeerziehung anordnenden Beschluß bleibe immer Ausgangspunkt die im Jugendstrafverfahren festgestellte Straftat. Obwohl § 3 S. 2 JGG auf die Maßnahmen des Vormundschaftsrechts verweise, behalte diese Vorschrift ihren Platz im System des Jugendstrafrechts. Dies gehe unter anderem aus der Tatsache hervor, daß § 3 S. 2 JGG die vormundschaftsrichterlichen Maßnahmen nicht auf Heranwachsende erstrecke, die nach den Vorschriften des Jugendwohlfahrtsrechts an sich diesen Maßnahmen unterliegen müßten (z. B. Anordnung der Fürsorgeerziehung bis zum 20. Lebensjahr). Auch werde die neben einem freisprechenden Urteil angeordnete Fürsorgeerziehung anders als im Jugendwohlfahrtsgesetz erst mit Rechtskraft des Urteils vollziehbar (§ 71 I 2 JGG).

Qualifiziert man den Fürsorgeerziehungsbeschluß als jugendstrafrechtliche Entscheidung, so richten sich die Rechtsmittel nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung, da im Jugendgerichtsgesetz keine Sondervorschriften vorhanden sind. Nach dem Strafverfahrensrecht kommt gegen den Anordnungsbeschluß nur eine einfache Beschwerde in Frage (§ 304 I StPO).¹⁾ Eine sofortige Beschwerde, die die Strafprozeßordnung bei Strafvollstreckungsentscheidungen kennt (§ 462 I StPO), entfällt, da die Anordnung der Fürsorgeerziehung nach § 3 S. 2 JGG weder eine Strafe noch eine Entscheidung im Rahmen der Vollstreckung darstellt.

1) Roestel, a.a.O., S. 25

b) Ist man der Auffassung, das Jugendgericht werde bei dem Fürsorgeerziehungsbeschuß "als Vormundschaftsgericht" tätig¹⁾, so richten sich die Rechtsmittel gegen diesen Beschuß nach dem Jugendwohlfahrtsgesetz. Gemäß § 65 IV JWG wäre gegen den Beschuß die zweiwöchige sofortige Beschwerde mit aufschiebender Wirkung - anders die Beschwerde nach § 304 I StPO - möglich. Der Kreis der Beschwerdeberechtigten wäre - anders wieder die einfache Beschwerde nach der Strafprozeßordnung - auch auf das Jugendamt und Landesjugendamt ausgedehnt (§§ 65 IV, III 2, I 2 JWG).

c) Entscheidet man sich für das jugendrichterliche Verfahren, so muß man die Nachteile in Kauf nehmen, daß Jugendamt und Landesjugendamt am Verfahren nicht beteiligt werden, und daß gegen den Fürsorgeerziehungsbeschuß die einfache Beschwerde der Strafprozeßordnung ohne aufschiebende Wirkung gegeben ist (§§ 304 I, 307 I StPO).

Diese Beschwerde ist an keine Frist gebunden²⁾, kann also praktisch unbegrenzt erhoben werden. Das widerspricht aber einem Grundgedanken der Fürsorgeerziehung, dem Jugendlichen durch eine möglichst ungestörte, kontinuierliche erzieherische Einwirkung zu helfen. Der Sinn und Zweck der Fürsorgeerziehung wird durch eine jederzeit mögliche einfache Beschwerde erheblich beeinträchtigt.³⁾⁴⁾ Im Rahmen des Jugendwohlfahrtsgesetzes hat gerade

1) Das ginge noch über die Ansicht von Miehe hinaus, der den Jugendrichter im Rahmen des § 3 S. 2 JGG nur sachlich in Wahrnehmung vormundschaftsrichterlicher Aufgaben tätig werden läßt (s.o.S. 69 f).

2) Schwarz-Kleinknecht, Strafprozeßordnung, vor § 304 Anm. 2

3) a.A. Roestel, a.a.O., S. 25, der die einfache Beschwerde für "nur systemfremd, nicht abwegig" hält.

4) Merkwürdig ist auch die Tatsache, daß die Fürsorgeerziehungsbehörden, die durch die Anordnung ein eigenes, nicht vom elterlichen Personensorgerecht abgeleitetes Erziehungsrecht erlangen (so Lücken, a.a.O., S. 1175), am Verfahren nicht beteiligt werden

dieser Gedanke zu der Einführung der auf zwei Wochen begrenzten sofortigen Beschwerde geführt (§§ 65 IV JWG, 22 I FGG).³⁾

Wollte man Jugendamt und Landesjugendamt am Rechtsmittelverfahren beteiligen und an einer auf zwei Wochen begrenzten Beschwerde festhalten, so müßte man die Ansicht vertreten, das Jugendgericht wandle sich zuständigkeits- und verfahrensmäßig bei der Anordnung nach § 3 S. 2 JGG in ein Vormundschaftsgericht. Diese Ausnahme erscheint aber abwegig, selbst wenn man auf § 34 II JGG verweisen wollte. Dort sind beide Verfahren, ohne daß ihre Selbständigkeit irgendwie aufgegeben würde, lediglich einem Richter in Personalunion zugewiesen. De lege lata ist keine andere Lösung denkbar, wenn man auch das Ergebnis bedauern muß; denn die unterschiedliche Behandlung des Fürsorgeerziehungsbeschlusses, je nachdem ob er durch den Vormundschaftsrichter ergeht (sofortige Beschwerde mit aufschiebender Wirkung auch für die Jugendämter) oder vom Jugendrichter erlassen wird (sofortige Vollziehbarkeit¹⁾, keine Rechtsmittel der Jugendämter, aber unbefristete Beschwerde der anderen Rechtsmittelberechtigten) ist sachlich nicht zu begründen.²⁾

- d) Diese Überlegungen sollten zeigen, daß es keine durchschlagenden sachlichen Gründe für eine Anwendung der Regeln des Strafverfahrens auf die Rechtsmittelverfahren bei den Fürsorgebeschlüssen im Rahmen des § 3 S. 2 JGG gibt.

Es sprechen sogar einige Gründe für das Verfahren des Jugendwohlfahrtsgesetzes.

1) Schwarz-Kleinknecht, Strafprozeßordnung, vor § 304 Anm. 2

2) a.A. Roestel, a.a.O., S. 25

3) vergl. dazu Jans-Happe, § 67 JWG Anm. 8

aa) Wenn de lege lata der Ansicht der überwiegenden Meinung gefolgt werden muß, so geschieht das nicht deshalb, weil diese Meinung zwingend aus der Sache folgen würde, sondern weil die überlieferte verfahrensrechtliche Kompetenzverteilung diese Lösung vorschreibt. Auch soll die bei der Anordnung von Fürsorgeerziehung im Jugendstraßverfahren schon vielgestaltige Problematik nicht noch unübersichtlicher und damit die Anordnung der Fürsorgeerziehung nicht noch unpraktikabler gemacht werden. Es ist klarer, nicht bei der Einstellung und dem freisprechenden Urteil nach Strafverfahrensvorschriften, bei dem gleichzeitig oder kurz darauf ergehenden Beschluß aber nach den Vorschriften des Jugendwohlfahrtsgesetzes verfahren zu müssen. Andernfalls hätte möglicherweise die Beschwerdekammer des Landgerichts über die Fürsorgeanordnung des Jugendrichters zu entscheiden.

bb) De lege ferenda kann weitgehend auf die Ausführungen am Anfang dieses Kapitels¹⁾ verwiesen werden. Da eine Lösung nach geltendem Recht nicht sinnvoll getroffen werden kann, ist das Verhältnis von Vormundschaftsrecht und Jugendrecht neu zu überdenken. Welche Lösungen sich dabei anbieten, soll am Ende der Arbeit erörtert werden.

V. Angesichts der zahlreichen Schwierigkeiten bei der Anordnung der Fürsorgeerziehung durch den Jugendrichter nach § 3 Satz 2 JGG und angesichts der Gefahr einer falschen Bewertung der Fürsorgeerziehung als Sühnemaßnahme²⁾, wird von den mei-

1) unter II. 2. b), cc), d') und e') insbes.
S. 78

2) Dallinger-Lackner, § 3 Anm. 53; Riedel, JGG
§ 3 Anm. 10; u.a.

sten Autoren empfohlen, das Verfahren möglichst noch vor oder in der Hauptverhandlung einzustellen und das Vormundschaftsgericht entscheiden zu lassen.¹⁾

Potrykus²⁾, Dallinger-Lackner³⁾, Grethlein⁴⁾, Bender⁵⁾ und andere befürworten jedoch dann eine Entscheidung durch den Jugendrichter, wenn sich die Zurechnungsunfähigkeit erst in der Hauptverhandlung herausstellt. Dann sei es für den Jugendlichen meist erzieherisch nachteilig, das Verfahren mit einem Freispruch zu beenden. Auch werde durch eine sofortige Entscheidung des Jugendrichters doppelte Arbeit in der gleichen Sache vermieden.⁶⁾ In einem ähnlichen Sinne äußern sich auch die Richtlinien zu § 3 Satz 2 JGG.⁷⁾

An dieser Auffassung und an Ziff. 3 der Richtlinien zu § 3 JGG übt Riedel⁸⁾ Kritik. Er meint, man solle auch in diesem Falle das Vormundschaftsgericht entscheiden lassen, da sonst der Fürsorgeerziehung das Omen des Strafverfahrens anhaften würde.

Die Auffassung von Riedel erscheint zu starr und einseitig. Es wurde schon darauf hingewiesen⁹⁾,

1) Grethlein, § 3 Anm. 5b; Kümmerlein, DJ 43, 532; Riedel, § 3 Anm. 20; Dallinger-Lackner, § 3 Anm. 53; Potrykus, § 3 Anm. 10

2) § 3 Bem. 10

3) § 3 Anm. 53

4) § 3 Anm. 5 b

5) § 3 Anm. 28

6) Dallinger-Lackner, § 3 Anm. 53

7) Ziff. 3 der Richtlinien zu § 3 JGG lautet: "Für die Erziehung des Jugendlichen wird es meist nachteilig sein, wenn die Hauptverhandlung mit dem Freispruch wegen mangelnder Reife endet. Ergibt sich der Mangel der Reife erst in der Hauptverhandlung, so empfiehlt es sich, die erforderlichen Maßnahmen sofort anzuordnen".

8) § 3 Anm. 10

9) s. o. S. 80 ff.

daß es dem Wesen der Fürsorgeerziehung widerspricht, von vornherein generell zu entscheiden, ob im Einzelfall ein Freispruch mit einer "Überweisung" der Maßnahmen an den Vormundschaftsrichter oder eine Anordnung der Fürsorgeerziehung durch den Jugendrichter zweckmäßig ist.

Welchen Sinn, so fragt man sich, hat eine in das Jugendgerichtsgesetz übernommene Maßnahme, wenn sie dann wieder in jedem Falle rückverwiesen werden soll? Auch die Frage, ob bei einer Anordnung von Fürsorgeerziehung durch den Jugendrichter die Gefahr besteht, sie werde falsch bewertet, kann nur im Einzelfall entschieden werden.

Daß die "Verweisung" der Maßnahme an den Vormundschaftsrichter diesen nicht bindet, wurde schon festgestellt.¹⁾

Will der Jugendrichter die Maßnahmen des § 3 Satz 2 JGG nicht selber treffen, so kann er höchstens den Vormundschaftsrichter anregen, in einer bestimmten Richtung tätig zu werden. Auch wenn auf eine solche Anregung hin der Vormundschaftsrichter sich in der Regel "verpflichtet" fühlen wird, die vorgeschlagene Maßnahme ernsthaft zu prüfen, so kann er doch andere rechtliche oder pädagogische Auffassungen vertreten und vom Vorschlag des Jugendrichters abweichende Maßnahmen anordnen, falls er es nicht vorzieht, ganz untätig zu bleiben. Der Jugendrichter hat kein Mittel, den Vormundschaftsrichter zu einem bestimmten Verhalten zu zwingen.

Die Empfehlung, die Anordnung der Fürsorgeerziehung auch im Rahmen des § 3 S.2 JGG in der Regel dem Vormundschaftsrichter zu überlassen, vermag nicht die aufgeworfenen Fragen endgültig zu lösen. Es entstehen neue Probleme, die nur dann gemildert sind, wenn nach § 34 JGG die Aufgaben von Jugend- und Vormundschaftsrichter in Personalunion wahrgenommen werden.

1) s. o. S. 82

3. Kapitel

Die Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung durch den Jugendrichter

Will der Jugendrichter im Rahmen des Jugendgerichtsgesetzes vorläufige Fürsorgeerziehung anordnen, so muß er zwei Fragen beantworten:

1. Ist die Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung im Jugendstraßverfahren zulässig ? und
2. Ist diese Maßnahme im Jugendstraßverfahren auch zweckmäßig?

I. Die Zulässigkeit der Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung im Rahmen der §§ 5 I, 9 Ziff. 3, 12 JGG:

1. Gegen die Zulässigkeit vorläufiger Fürsorgeerziehung im Rahmen dieser Vorschriften wenden sich vor allem Pentz¹⁾ und Roestel²⁾, während die entgegenstehende Meinung in Literatur³⁾ und Rechtsprechung⁴⁾ die Zulässigkeit bejaht, teilweise aber die Zweckmäßigkeit dieser Maßnahme bestreitet und empfiehlt, im Jugendstraßverfahren keine vorläufige Fürsorgeerziehung anzuordnen.

Pentz begründet seine Ansicht mit folgenden Argumenten:

1) RdJ 56, 45 u. UJ 56, 330

2) a.a.O., S. 23

3) Peters, § 13 Bem. 5; Dallinger-Lackner, § 12 Anm. 28; Schaffstein, S. 68; Bender, § 12 Anm. 9; Grethlein, § 12 Anm. 3 b); Schnitzlerling, RdJ 62, 172 ff. (174); Potrykus, RdJ 56, 209; § 12 Bem. 3 c); § 71 Anm. 6; Riedel, JGG § 12 Anm. 2; Jans-Happe, § 67 Anm. 3 D

4) OLG Frankfurt, Urt. v. 2. 3. 55 in NJW 55, 601

- a) Die vorläufige Fürsorgeerziehung sei keine das Jugendstraßverfahren abschließende Maßnahme, da ihr in der Regel die Anordnung der endgültigen Fürsorgeerziehung nachfolge. Es widerspreche aber dem Charakter des Strafverfahrens, es mit einer vorläufigen Maßnahme, der vorläufigen Fürsorgeerziehung, zu beenden und die Entscheidung über die Fortführung der angefangenen Rechtsfolgemaßnahmen einem anderen Richter, dem Vormundschaftsrichter, zu überlassen.¹⁾
- b) Außerdem werde die Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung als "vorläufige Anordnung über die Erziehung" in § 71 I 2 JGG vor Rechtskraft des jugendrichterlichen Urteils verboten.¹⁾
- c) Die Ausführungsverordnung des Reichsjustizministers vom 10.12.1943²⁾ (und dieser folgend, die Richtlinien Nr. 5 zu § 4 RJGG), in der die Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung im Jugendstraßverfahren für zulässig erklärt worden war, werde zu Recht seit 1945 nicht mehr als verbindlich angesehen³⁾, da sie unter dem Deckmantel der Fürsorgeerziehung andere repressive Zwecke verfolgt habe. Sie habe auch selber bestimmt, daß der Ausdruck "vorläufige Fürsorgeerziehung" zu vermeiden sei.⁴⁾
- d) Diesen Argumenten von Pentz fügt Roestel⁵⁾ ein weiteres hinzu:

Das Jugendwohlfahrtsgesetz bringe in § 67 I mit der Voraussetzung "Gefahr im Verzuge" und in § 67 II 2 mit der Möglichkeit sofortiger Vollziehbar-

1) Pentz in RdJ 56, 45

2) abgedruckt in DJ 45, 10

3) so auch Potrykus, JGG § 12 Bem. 3 c, d

4) wie Anm. 1

5) a.a.O., S. 23

keit der Fürsorgeerziehung zum Ausdruck, die vorläufige Fürsorgeerziehung dürfe nur in eilbedürftigen Fällen angeordnet werden. Im Jugendgerichtsgesetz werde die Anordnung aber erst mit Rechtskraft des Urteils, also frühestens - falls keine Rechtsmittel eingelegt würden - eine Woche nach Erlass des Urteils ausführbar, so daß der Minderjährige in der Regel erst zwei Wochen nach dem Urteil in das Heim komme. Werde aber ein Rechtsmittel eingelegt, so könnten sich diese Fristen noch wesentlich verlängern, während bei der Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung durch den Vormundschaftsrichter gute Jugendämter in Zusammenarbeit mit den Landesjugendämtern den Minderjährigen noch am Tage des Erlasses mitnehmen und in ein Heim bringen könnten. Wenn man aber im Jugendstrafverfahren diese Fristen in Kauf nehmen könnte, dann sei die Gefahr nicht so stark "im Verzuge" wie § 67 I JWG dies voraussetze. Die gesetzlichen Erfordernisse einer Anordnung vorläufiger Fürsorgeerziehung seien deshalb im Jugendstrafverfahren regelmäßig zu verneinen.

2. Die überwiegende Meinung¹⁾ hält demgegenüber die Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung aus folgenden Gründen für zulässig:
 - a) Potrykus²⁾ wendet gegen das erste Argument von Pentz ein, die Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung im jugendrichterlichen Urteil widerspreche dem Charakter des Strafverfahrens nicht. Das Verfahren werde nicht, wie Pentz behaupte, mit einer vorläufigen Maßnahme beendet; die vorläufige Fürsorgeerziehung sei trotz ihres Namens

1) wie S. 92 Anm. 3 und 4

2) § 71 Anm. 6

eine auf Dauer berechnete Maßnahme, da sie auf die endgültige Fürsorgeerziehung hin angelegt sei.

Eine Reihe von Autoren¹⁾ bestreitet zwar, daß die vorläufige Fürsorgeerziehung eine das Strafverfahren endgültig abschließende Maßnahme darstellt, weist aber darauf hin, daß das Jugendgerichtsgesetz auch in anderen Fällen das Verfahren nur vorläufig beendende Maßnahmen kenne. So könne nach § 53 JGG der Jugendrichter das Verfahren nur mit einem Schuldspruch beschließen und die Auswahl und Anordnung der erforderlichen Maßregeln dem Vormundschaftsrichter überlassen. Nach § 104 IV JGG sei der Strafrichter sogar verpflichtet, die Auswahl und Anordnung von Erziehungsmaßregeln dem Vormundschaftsrichter zu überlassen.

- b) Potrykus²⁾ und Dallinger-Lackner³⁾ wenden sich gegen das zweite Argument von Pentz, durch § 71 I 2 JGG werde die Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung im Jugendstrafverfahren ausgeschlossen.

Dallinger-Lackner gehen von dem Sinn des § 71 I JGG aus: Durch die "Anordnungen über die Erziehung" in § 71 I 1 JGG solle der durch das Strafverfahren geschaffene Schwebezustand erzieherisch überbrückt werden. Diesem Zweck könnten aber die Fürsorgeerziehungsheime schlecht dienen, da man sonst wegen der besonderen Bedürfnisse des Strafverfahrens genötigt wäre, in den Fürsorgeerziehungsheimen Sicherungsvorkehrungen zu treffen,

1) Schnitzerling, RdJ 62, 172 ff. (174); Dallinger-Lackner, § 12 Anm. 26; Jans-Happe, JWG § 67 Anm. 3 D

2) RdJ 56, 209

3) § 12 Anm. 26

die mit dem Wesen der Fürsorgeerziehung nicht vereinbar seien.¹⁾

In diesem Sinne sei auch § 71 I 2 JGG zu verstehen, der die vorläufige Fürsorgeerziehung während eines schwebenden Strafverfahrens als "vorläufige Anordnung über die Erziehung" ausschließen wolle.

Dagegen sei nichts gegen die Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung im Urteil einzuwenden, wenn sie erst mit Rechtskraft des Urteils vollziehbar werde.

- c) Ähnlich betont Potrykus²⁾, § 71 I 2 JGG habe gerade im Hinblick auf die Ausführungsverordnung des Reichsjustizministers vom 16. 12. 1943 klarstellen wollen, daß im Rahmen der "vorläufigen Anordnungen über die Erziehung" für den Ausspruch der vorläufigen Fürsorgeerziehung als einer letztlich auf Dauer berechneten Erziehungsmaßregeln kein Raum sei. Werde die vorläufige Fürsorgeerziehung jedoch in einem das Verfahren abschließenden Urteil angeordnet und erst mit Rechtskraft des Urteils vollziehbar, so beständen gegen diese Maßnahme keine Bedenken.

3. Zur Beantwortung der Frage, ob die Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung im Jugendstrafverfahren zulässig oder unzulässig ist, kann aus dem Wortlaut des § 12 JGG nicht viel entnommen werden. § 12 verweist ganz allgemein für die Voraussetzungen, die Ausführung und Beendigung "der Fürsorgeerziehung" auf die Bestimmungen des Jugendwohl-

1) Dies ergibt sich auch aus der amtlichen Begründung zu § 71 I 2 JGG: "Die gemäß § 45 RJGG in Fürsorgeerziehungsheime eingewiesenen Jugendlichen erschweren die Erziehungsarbeit, weil gleichzeitig Sicherungsmaßnahmen notwendig sind." (Zitiert bei Dallinger-Lackner, 1. Aufl., § 71 Anm. 1)

2) RdJ 56, 209

fahrtsgesetzes. Mit dem Wort "Fürsorgeerziehung" kann als Oberbegriff sowohl die endgültige als auch die vorläufige Fürsorgeerziehung gemeint sein.

Der Wortlaut des § 12 schließt jedenfalls im Rahmen der §§ 5 Abs. 1, 9 Ziff. 3 JGG die Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung nicht zwingend aus.

- a) Etwas anderes könnte sich nur aus § 71 I 2 JGG ergeben. Satz 2 des § 71 I JGG, der nur aussagt, die Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung sei ausgeschlossen, darf nicht getrennt von Satz 1 des § 71 I betrachtet werden.

§ 71 I 1 JGG ermächtigt das Jugendgericht zu "einstweiligen Anordnungen über die Erziehung" vor Rechtskraft des Urteils. Sinn dieser Zuweisung ist es, dem Jugendrichter Maßnahmen an die Hand zu geben, um in dem Zeitraum zwischen Verfahrensbeginn und Rechtskraft des Urteils, also bis zu dem Zeitpunkt, in dem die jugendrichterlichen Rechtsfolgen wirksam werden, die erzieherischen Ziele des Jugendstraßverfahrens sichern zu können.¹⁾

Daneben dient § 71 I 1 JGG auch dem Zweck, möglichst die für den Minderjährigen nachteiligen Eindrücke einer Untersuchungshaft zu vermeiden (§ 72 I JGG).

Satz 2 des § 71 Abs. 1 will in diesem Zusammenhang verhindern, daß die im Wege der "vorläufigen Anordnung über die Erziehung" in Fürsorgeerziehung eingewiesenen dort Sicherungsvorkehrungen notwendig machen und so die Erziehungsarbeit er-

1) Dallinger-Lackner, § 71 Anm. 1; Grethlein, § 71 Anm. 1; Potrykus, § 71 Bem. 1

schweren.¹⁾ § 71 I 2 JGG will und kann deshalb die vorläufige Fürsorgeerziehung nur im Rahmen des § 71 I 1 JGG ausschließen, nur insoweit, als die Fürsorgeerziehung als "vorläufige Anordnung über die Erziehung" dienen soll.

§ 71 I 2 JGG ist darüber hinaus kein Argument mehr gegen die Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung im Urteil, wenn man die Maßnahme erst mit Rechtskraft des Urteils für vollziehbar hält.

Von den Autoren, die die Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung im Rahmen der §§ 5 I, 9 Ziff. 3, 12 JGG zulassen, vertritt - soweit ersichtlich - nur Schütze²⁾ die Auffassung, die auf vorläufige Fürsorgeerziehung erkennenden Urteile des Jugendrichters seien bereits vor Rechtskraft des Urteils vollziehbar. Schütze hält es nicht für gerechtfertigt, daß eine Anordnung im Urteil, die nach Anhörung des Jugendlichen und eingehender Erörterung des Sachverhalts und der Lebensverhältnisse ergehe, in ihrer Ausführbarkeit schlechter gestellt sein solle als ein vormundschaftsrichterlicher, die vorläufige Fürsorgeerziehung anordnender Beschluß, der lediglich auf Grund glaubhaften Vorbringens des Jugendamtes³⁾ erlassen werden könne.

In der Tat befremdet das Ergebnis, daß die vorläufige Fürsorgeerziehung, ist sie vom Vormundschaftsrichter durch Beschluß angeordnet, sofort vollzogen werden kann, bei Anordnung in einem

1) s.o.S. 96 Anm. 1; Grethlein, § 71 Anm. 2 a), Anm. 2; Dallinger-Lackner, § 71 Anm. 1; Potrykus, § 71 Bem. 1

2) UJ 56, 131

3) Glaubhaftmachung genügt; vergl. Riedel, JWG § 67 Anm. 7 mit weiteren Hinweisen

Urteil des Jugendrichters aber vor Rechtskraft des Urteils nicht vollziehbar sein soll.

Dallinger-Lackner¹⁾ weisen gegenüber der Auffassung von Schütze darauf hin, daß gemäß §§ 449 StPO die Vollstreckung von Strafurteilen vor ihrer Rechtskraft nicht zulässig sei; da die vorläufige Fürsorgeerziehung im Urteil angeordnet werde, stelle das Gesetz ihrer sofortigen Vollziehung unübersteigbare Schranken entgegen.

Wir stoßen hier wieder auf eine Grundschwierigkeit der Fürsorgeerziehung im Jugendgerichtsgesetz, die uns bei ihrer Anordnung im Rahmen des § 3 S. 2 JGG schon beschäftigt hat. Es ist die Frage, nach welchen Verfahrensbestimmungen sich die Fürsorgeerziehung im Jugendgerichtsgesetz zu richten habe, nach Jugendwohlfahrtsrecht oder nach Jugendstrafrecht.²⁾ Geht man - wie Dallinger-Lackner³⁾ - davon aus, daß sich die Rechtsmittel gegen die im jugendrichterlichen Urteil angeordnete vorläufige Fürsorgeerziehung nach Jugendgerichtsgesetz und Strafprozeßordnung bestimmen, so muß man auch § 449 StPO beachten.

Wenn die vorläufige Fürsorgeerziehung im Strafurteil angeordnet wird, besteht nach geltendem Jugendstraf- und Verfahrensrecht wohl keine andere Möglichkeit, als das Urteil mit den gegen Strafurteile vorgesehenen Rechtsbehelfen anzugreifen.⁴⁾

Dieses Ergebnis, wenn es auch de lege lata unvermeidbar ist, räumt nicht die genannten, sachlich gerechtfertigten Bedenken Schützes aus. Durch eine rein formelle Anwendung strafrechtlicher Ver-

1) § 12 Anm. 26

2) s. o. S. 79 ff.

3) wie Anm. 1

4) vergl. o. S. 83

fahrendsvorschriften auf Maßnahmen, die aus dem Jugendwohlfahrtsrecht in das Jugendgerichtsgesetz übernommen sind¹⁾, entstehen hier, wie bei anderen Fragen der Fürsorgeerziehung im Jugendstrafrecht, Schwierigkeiten.

Die Ansicht von Schütze, eine durch Strafurteil angeordnete vorläufige Fürsorgeerziehung sei bereits vor Rechtskraft des Urteils vollziehbar, ist deshalb mit Rücksicht auf § 449 StPO abzulehnen. Ist die vorläufige Fürsorgeerziehung aber vor Rechtskraft des Urteils nicht vollziehbar, so fällt sie nicht unter das Verbot des § 71 I JGG, vor Rechtskraft des jugendrichterlichen Urteils keine vorläufige Fürsorgeerziehung als "vorläufige Anordnung über die Erziehung" zu verhängen. Deshalb stimmen wir der Meinung zu, § 71 I 2 JGG mache die Anordnung vorläufiger Fürsorgeerziehung im Jugendstrafverfahren nicht unzulässig.

- b) Wenn Potrykus der Begründung von Pentz, die vorläufige Fürsorgeerziehung beende das Strafverfahren nicht endgültig und sei deshalb unzulässig, entgegenhält, auch die vorläufige Fürsorgeerziehung sei eine "auf Dauer berechnete Maßnahme", so ist diese Formulierung zwar in sich verständlich und sinnvoll, als Argument zur Lösung der angeschnittenen Frage aber wenig ergiebig.

Die vorläufige Fürsorgeerziehung soll, wenn die Voraussetzungen der endgültigen Fürsorgeerziehung nicht hinreichend geklärt sind, einer Verschlechterung der erzieherischen Situation bis zur möglicherweise erfolgenden Anordnung von endgültiger Fürsorgeerziehung vorbeugen. Insoweit ist die vor-

1) zuvor ist die Fürsorgeerziehung umgekehrt aus dem Strafrecht hervorgegangen; s.o.S. 3-6

läufige Fürsorgeerziehung auf die endgültige Fürsorgeerziehung hin "angelegt".

Man darf aber andererseits den auch zum Wesen der vorläufigen Fürsorgeerziehung gehörenden Gesichtspunkt nicht vernachlässigen, daß neben der Eilbedürftigkeit der Maßnahme lediglich vorausgesetzt ist, ein die endgültige Fürsorgeerziehung anordnendes Verfahren erscheine nicht aussichtslos.¹⁾ Die sachlichen Voraussetzungen der endgültigen Fürsorgeerziehung brauchen bei der Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung im einzelnen nicht festgestellt zu werden.²⁾

Auch ist die Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung im Jugendwohlfahrtsgesetz als besonderes Verfahren gestaltet, das zwar sachlich auf die endgültige Fürsorgeerziehung bezogen, sonst aber selbständig ist und dem Anordnungsverfahren der endgültigen Fürsorgeerziehung voraus oder parallel gehen oder auch mit diesem verbunden werden kann.³⁾ Das zeigt: es gehört zum Wesen der vorläufigen Fürsorgeerziehung, daß die Frage, ob endgültige Fürsorgeerziehung angeordnet werden kann, zur Zeit der Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung noch nicht abschließend geklärt ist. Die vorläufige Fürsorgeerziehung soll als vorübergehende Maßnahme den Schwebezustand bis zur endgültigen Klärung der Lage überbrücken. Man kann deshalb zwar mit Potrykus sagen, daß die vorläufige Fürsorgeerziehung auf Dauer "angelegt" ist; dies besagt aber weder, daß die vorläufige Fürsorgeerziehung bereits eine endgültige Maßnahme darstellt, noch daß die Anordnung der endgültigen Fürsorgeerziehung mit an Sicherheit

1) Riedel, JWG § 67 Anm. 5

2) wie Anm. 1; KG JFG 63, 94; u.a.

3) Riedel, JWG § 67 Anm. 2

grenzender Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann.

Gerade aus der "vorläufigen Natur" der vorläufigen Fürsorgeerziehung ergeben sich Schwierigkeiten, die im folgenden angedeutet werden sollen. - Hat der Jugendrichter das Strafverfahren durch ein die vorläufige Fürsorgeerziehung anordnendes Urteil abgeschlossen und lehnt dann der Vormundschaftsrichter die Anordnung der endgültigen Fürsorgeerziehung ab, oder erläßt dieser innerhalb von sechs Monaten keinen die endgültige Fürsorgeerziehung anordnenden Beschluß (§ 67 V JWG), so muß die vorläufige Fürsorgeerziehung aufgehoben werden, ohne daß eine Erziehungsmaßregel oder andere Maßnahme feststünde, die an die Stelle der den Voraussetzungen nach nicht gegebenen Fürsorgeerziehung treten könnte. Der Jugendrichter selber wird nach dem Erlaß seines rechtskräftigen Urteils nicht wieder in derselben Sache tätig werden können. Dem Vormundschaftsrichter stehen aber ohne ausdrückliche Zuweisung nicht die Rechtsfolgemaßnahmen des Jugendrichters zu. Er kann nur die Maßnahmen anordnen, die er bereits kraft eigener Kompetenz besitzt. Das Jugendstrafverfahren ist durch die rechtskräftige Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung abgeschlossen, die Strafklage ist verbraucht. Die Rechtsfolgemaßnahme "Fürsorgeerziehung" des Jugendrichters ist - von dem Ausnahmefall abgesehen, daß die vorläufige Fürsorgeerziehung selbst bereits den nötigen erzieherischen Einfluß hatte - ins Leere gegangen.¹⁾

1) Ebenso Pentz (a.a.O., S.45): "... daß der Jugendrichter die Anordnung unterläßt, die später infolge des Verbrauchs der Strafklage nicht nachzuholen ist".

Ist aus diesen Gründen die Meinung von Potrykus, die vorläufige Fürsorgeerziehung sei auf Dauer angelegt und beende deshalb das Strafverfahren endgültig, nicht überzeugend, so ist das weitere Argument der wohl überwiegenden Meinung¹⁾ zu prüfen, das JGG habe in den Fällen der §§ 53, 104 IV JGG den Abschluß des jugendrichterlichen Verfahrens mit einer nur vorläufigen Maßnahme ausdrücklich gesetzlich gebilligt. So meinen Dallinger-Lackner²⁾, wenn der Gesetzgeber in § 53 JGG die Festsetzung der Rechtsfolgen aus einer strafbaren Verfehlung eines Jugendlichen insgesamt einem anderen Richter übertragen könne, sei nicht einzusehen, warum ihm diese Möglichkeit bei der Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung nicht auch teilweise offenstehen solle.

Ob diese Begründung zutreffend ist, soll ein Vergleich von § 53 JGG - Überlassung der Anordnung von Erziehungsmaßnahmen an den Vormundschaftsrichter-mit dem Rechtsinstitut "Anordnung vorläufiger Fürsorgeerziehung im jugendrichterlichen Urteil" zeigen.

Nach § 104 IV muß das allgemeine Strafgericht und nach § 53 Satz 1 JGG kann der Jugendrichter die Auswahl und Anordnungen von Erziehungsmaßregeln dem Vormundschaftsrichter überlassen. Dabei wird der Vormundschaftsrichter durch das Überlassungsurteil verpflichtet, eine der in § 9 Ziff. 1-3 JGG genannten Erziehungsmaßregeln anzuordnen (§ 53 Abs. 2 JGG). Bei § 53 JGG hat der Jugendrichter also die Rechtslage bereits so weitgehend gewürdigt, daß er insgesamt die Notwendigkeit von Erziehungsmaßregeln bejahen kann; der Vormundschaftsrichter hat aus dem Kreis der Erziehungsmaßregeln lediglich die geeignetste Maßnahme aus-

1) s.o.S.92 Anm. 3 u. 4

2) § 12 Anm. 28

zusuchen. Anders bei der Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung: Hier faßt der Jugendrichter im Urteil eine ganz bestimmte Erziehungsmaßregel, nämlich die Anordnung der (endgültigen) Fürsorgeerziehung ins Auge, ohne bereits sagen zu können, ob die gesetzlichen Voraussetzungen dieser Maßnahme "Fürsorgeerziehung" gegeben sind. Der Jugendrichter überläßt die abschließende Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen dem Vormundschaftsrichter. Man kann also nicht mit Potrykus¹⁾ sagen, der Vormundschaftsrichter werde durch ein die vorläufige Fürsorgeerziehung anordnendes Urteil erheblich mehr gebunden als durch ein Überweisungsurteil nach § 53 JGG.

Diese Feststellungen könnten - für sich betrachtet - dafür sprechen, daß das Überweisungsurteil nach § 53 JGG das Strafverfahren endgültiger abschließt als die vorläufige Fürsorgeerziehung. Doch man darf einen wesentlichen Bestandteil der Regelung in § 53 JGG nicht übersehen: Der Vormundschaftsrichter darf trotz der grundsätzlichen Bindung an das Überweisungsurteil dann von der Anordnung einer Erziehungsmaßregel absehen, wenn sich die für das jugendrichterliche Urteil maßgebenden Umstände geändert haben (§ 53 Satz 2 letzter Halbsatz JGG). Damit wird deutlich, daß das Überweisungsurteil nach § 53 JGG und die Anordnung vorläufiger Fürsorgeerziehung insoweit vergleichbare Züge haben, als in jedem Falle dem Vormundschaftsrichter eine Kompetenz über die jugendrichterliche Rechtsfolgemaßnahme eingeräumt wird: Im Falle des § 53 hat der Vormundschaftsrichter unter drei Erziehungsmaßregeln eine auszuwählen und kann bei veränderten Umständen ganz auf die Anordnung von Erziehungsmaßregeln verzichten. Bei der durch den Jugendrichter angeord-

1) RdJ 56, 209

neten vorläufigen Fürsorgeerziehung prüft der Vormundschaftsrichter selbständig die Voraussetzungen der endgültigen Fürsorgeerziehung und lehnt ihre Anordnung ab, wenn die gesetzlichen Erfordernisse nicht erfüllt sind.

Aus dieser Gegenüberstellung ist zu entnehmen, daß vor allem die Befugnis des Vormundschaftsrichters, nach § 53 Satz 2 JGG bei veränderten Umständen ganz von Erziehungsmaßregeln abzusehen, mit der Entscheidungsbefugnis bei der Anordnung von endgültiger Fürsorgeerziehung zu vergleichen ist. In beiden Fällen entscheidet der Vormundschaftsrichter über das "Ob" der vom Jugendrichter angestrebten Rechtsfolgemeasuresnahmen. Da § 53 S. 2 JGG aber eine Ausnahmeregelung darstellt, ist die Kompetenz des Vormundschaftsrichters hier eher etwas enger als bei der Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung; in der Regel muß der Vormundschaftsrichter eine Erziehungsmaßregel anordnen; nur der Ausnahmefall, der theoretisch zumindestens enger umgrenzt ist, als die Regel, erlaubt dem Vormundschaftsrichter, die Anordnung der Maßnahme selbst in Frage zu stellen. Bei der Anordnung der endgültigen Fürsorgeerziehung ist dies aber die Regel.

Der Begriff der "veränderten Umstände" in § 53 S. 2 JGG wird von der herrschenden Meinung jedoch sehr weit ausgelegt, so daß allein aus dieser Tatsache keine Bedenken gegen einen Vergleich von § 53 mit der Anordnung vorläufiger Fürsorgeerziehung herzuleiten sind. Der Hinweis einiger Autoren¹⁾ auf § 53 ist also berechtigt. Was das Gesetz in § 53 JGG ausdrücklich erlaubt, kann bei der Anordnung der im Jugendgerichtsgesetz nicht geregelten vorläufigen Fürsorgeerziehung nicht verboten sein.

i) s. o. S. 95 Anm. 1

- c) Soweit ersichtlich, ist in der Literatur noch nicht auf das Argument von Roestel eingegangen worden, bei der Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung im Jugendstrafverfahren sei regelmäßig keine Gefahr "im Verzuge" (§ 67 I JWG), weil die vorläufige Fürsorgeerziehung doch erst mit Rechtskraft des Urteils vollzogen werden könne.

"Gefahr im Verzuge" bedeutet in § 67 I JWG, daß die Gefahr besteht, der Minderjährige werde abgleiten oder weiter abgleiten, falls er nicht sofort, also schon vor Durchführung der im endgültigen Fürsorgeerziehungsverfahren notwendigen Ermittlungen und vor Rechtskraft des dort ergehenden Beschlusses untergebracht wird.¹⁾ Die Ermittlungen und das Anordnungsverfahren bis Rechtskraft des Fürsorgeerziehungsbeschlusses können unter Umständen mehrere Monate dauern. Wird gegen ein die vorläufige Fürsorgeerziehung anordnendes Strafurteil kein Rechtsmittel eingelegt, so kann der Jugendliche innerhalb von ca. 2 Wochen anderweit untergebracht werden. Angesichts der Möglichkeit, daß der Minderjährige bis zu sechs Monaten in vorläufiger Fürsorgeerziehung bleiben kann²⁾ und angesichts der Tatsache, daß das Anordnungsverfahren der endgültigen Fürsorgeerziehung unter Umständen mehrere Monate dauert, kann die Anordnung von vorläufiger Fürsorgeerziehung, die 8 oder 14 Tage nach dem Urteil nicht weniger "im Verzuge" ist als zur Zeit des Urteils, durchaus sinnvoll sein. Inwieweit dadurch der Vormund-

1) Riedel, JWG § 67 Anm.4 mit weiteren Hinweisen

2) Die Frist nach § 67 V JWG beginnt erst mit Rechtskraft des jugendrichterlichen Urteils zu laufen (so Dallinger-Lackner, § 12 Anm.28), da eine vollziehbare Anordnung erst mit Rechtskraft des Urteils vorliegt. Anders im JWG, wo die Anordnung sofort vollziehbar ist (§§ 69 II, 67 II 2 JWG).

schaftsrichter an einer eigenen Anordnung von vorläufiger Fürsorgeerziehung gehindert wird, soll erst bei der Zweckmäßigkeit der Anordnung von vorläufiger Fürsorgeerziehung im Jugendstrafverfahren erörtert werden. Hier gilt es nur festzustellen: die Anordnung vorläufiger Fürsorgeerziehung wird nicht dadurch unzulässig, daß sie erst nach Rechtskraft des Urteils vollziehbar ist. Auch nach Rechtskraft kann die Gefahr noch so sehr "im Verzuge" sein, daß die Voraussetzungen der Anordnung vorläufiger Fürsorgeerziehung nach § 67 JWG vorliegen.

Als Zwischenergebnis kann deshalb festgehalten werden: Kein in der Literatur gegen die Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung erhobener Einwand schließt ihre Zulässigkeit im Rahmen der §§ 5 I, 9 Ziff. 3, 12 JGG zwingend aus.

II. Die Zulässigkeit der Anordnung vorläufiger Erziehungsfürsorge ist für § 3 S. 2 JGG ebensowenig geregelt, wie in den §§ 5 I, 9 Ziff. 3, 12 JGG. Ob die Möglichkeit im Rahmen des § 3 Satz 2 JGG besteht, ist auch in der Literatur kaum erörtert.

Roestel, der wie dargetan¹⁾, die Anordnung von vorläufiger Fürsorgeerziehung im Rahmen der §§ 9 Ziff. 3, 12 JGG verneint, läßt sie bei § 3 Satz 2 JGG zu. Hier, so meint er, sei die Lage anders, da der Jugendrichter nicht durch hoheitliches Urteil über die Anordnung vorläufiger Fürsorgeerziehung entscheide, sondern "wie ein Vormundschaftsrichter" durch Beschluß. Dieser Beschluß sei sofort vollziehbar, was dem Zweck der vorläufigen Fürsorgeerziehung entgegenkomme.²⁾

1) s.o.S. 93 f.

2) Roestel, a.a.O., S. 25

Der Jugendrichter kann nach § 3 Satz 2 JGG "die-selben Maßnahmen anordnen wie der Vormundschafts-richter". Zu den vormundschaftsrichterlichen Maß-nahmen gehört auch die Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung. Der Gesetzeswortlaut läßt hier kaum Zweifel. Außerdem gelten die Argumente, die für eine Anordnung vorläufiger Fürsorgeerziehung im Rahmen der §§ 5 I, 9 Ziff. 3 sprechen, in ver-stärktem Maße auch für ihre Anordnung nach § 3 Satz 2, da der Wortlaut des § 3 Satz 2 JGG noch umfassender auf die vormundschaftsrichterlichen Reaktionsmittel verweist als die §§ 5 I, 9 Ziff. 3, 12 JGG.

Die Vollziehbarkeit der vorläufigen Fürsorgeer-ziehung richtet sich nach den allgemeinen Grund-sätzen. Das heißt: wird das Verfahren durch Ur-teil beendet, so kann vor Rechtskraft des Urteils die vorläufige Fürsorgeerziehung nicht vollzogen werden.¹⁾ § 71 I 2 JGG steht einer sofortigen Vollziehbarkeit der vorläufigen Fürsorgeerzie-hung entgegen.²⁾

Wird dagegen das Verfahren durch den Richter mit Zustimmung des Staatsanwaltes wegen mangelnder strafrechtlicher Verantwortung eingestellt, so kann der die vorläufige Fürsorgeerziehung anord-nende Beschluß sofort vollzogen werden. Sinn und Zweck des § 71 I 2 JGG widersprechen dem nicht.

Gegen die Zulässigkeit der vorläufigen Fürsorge-erziehung bestehen weder bei § 3 S. 2 JGG noch im Rahmen der §§ 5 I, 9 Ziff. 3, 12 JGG Bedenken.

1) a.A. Roestel, der die Anordnung von vorläufiger Fürsorgeerziehung im Rahmen des § 3 S.2 JGG generell für sofort vollziehbar hält (a.a.O., S.25). Roestel setzt sich damit aber in Gegen-satz zu seiner eigenen Argumentation bei der Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung im Rahmen der §§ 5 I, 9 Ziff. 3 JGG (Roestel, a.a.O., S. 23).

2) s. o. S. 99 f.

III. Die Zweckmäßigkeit der Anordnung vorläufiger Fürsorgeerziehung im Jugendstrafverfahren

1. Im wesentlichen werden drei Gründe im Schrifttum genannt, die die Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung im Jugendstrafverfahren unzweckmäßig erscheinen lassen sollen:

- a) Den ersten Grund haben wir bereits unter I festgestellt:

Da die vorläufige Fürsorgeerziehung vor Rechtskraft des jugendrichterlichen Urteils nicht vollstreckbar ist¹⁾, ist ihre Brauchbarkeit im Jugendstrafverfahren erheblich eingeschränkt. Die vorläufige Fürsorgeerziehung wird damit gerade in ihrer wichtigsten Intention beeinträchtigt, einer drohenden oder eingetretenen erzieherischen Gefährdung auf der Stelle entgegenzuwirken.²⁾

- b) Außer dieser Tatsache wird von Pentz³⁾ und Roestel⁴⁾ gegen die Zweckmäßigkeit der vorläufigen Fürsorgeerziehung im Jugendstrafverfahren noch eingewandt, der Vormundschaftsrichter werde durch die im Jugendgerichtsurteil angeordnete, vor Rechtskraft des Urteils noch nicht vollziehbare vorläufige Fürsorgeerziehung gehindert, in dringenden Fällen selber diese Maßnahme anzuordnen. Eine vom Vormundschaftsrichter angeordnete Fürsorgeerziehung sei aber, was ja erforderlich sein könne, sofort vollziehbar und eine gegen sie eingelegte

1) h. M., so S. 97 ff.

2) Jans-Happe, § 67 Anm. 3 D, die in diesem Zusammenhang mit Recht darauf hinweisen, daß die von manchen Jugendgerichten in Anlehnung an die vormundschaftsgerichtliche Praxis gehandhabte gleichzeitige Anordnung von vorläufiger und endgültiger Fürsorgeerziehung im Jugendstrafverfahren wirkungslos und überflüssig ist.

3) a.a.O., S. 45

4) a.a.O., S. 23

sofortige Beschwerde habe keine aufschiebende Wirkung (§ 67 II 2 JWG).

Potrykus¹⁾ und Dallinger-Lackner²⁾ sind hier allerdings anderer Ansicht. Nach ihrer Meinung kann der Vormundschaftsrichter solange nicht gehindert sein, von Amts wegen oder auf Antrag des Jugendamtes die vorläufige oder endgültige Fürsorgeerziehung anzuordnen und dadurch dem Strafurteil zuvorzukommen, solange das Strafurteil nicht rechtskräftig die vorläufige Fürsorgeerziehung angeordnet habe.³⁾ Strafverfahren und vormundschaftsrichterliches Verfahren seien voneinander unabhängig, so daß ein noch nicht rechtskräftiges Strafurteil für den Vormundschaftsrichter kein Verfahrenshindernis bedeute.⁴⁾ Dem Strafgericht bleibe in diesem Falle nichts anderes übrig, als das Verfahren gemäß § 47 I 2 JGG einzustellen.

Ist man - wie hier - der Meinung, die im Urteil angeordnete vorläufige Fürsorgeerziehung werde erst mit Rechtskraft des Urteils vollziehbar, so ist nicht zu sehen, wie der Vormundschaftsrichter an die Entscheidung des Jugendrichters vor Rechtskraft des Urteils gebunden sein soll. Selbst wenn man unterstellt, daß es sich bei der Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung durch den Vormundschaftsrichter um eine Frage der materiellen Rechtskrafterstreckung handelt, so setzt die "innere" doch immer die "äußere" Rechtskraft voraus. Die äußere Rechtskraft des jugendrichterlichen Urteils tritt aber nicht vor Ablauf der Rechtsmittelfrist ein.

1) RdJ 56, 209

2) § 12 Anm. 26

3) RdJ 56, 209

4) § 12 Anm. 26

Man sieht hier an einem weiteren Beispiel, zu welcher unerfreulichen Überschneidungen das Nebeneinander von vormundschaftsgerichtlichen und jugendgerichtlichen Regelungen im Jugendgerichtsgesetz führt. Wenn der Jugendrichter vorläufige Fürsorgeerziehung anordnet, kann der Vormundschaftsrichter, so lange das Urteil noch nicht rechtskräftig ist, ebenfalls vorläufige Fürsorgeerziehung anordnen. Dann kann gegen das Urteil Berufung, gegen den vormundschaftsrichterlichen Beschluß sofortige Beschwerde eingelegt werden. Diese Situation ist nicht nur aus prozeßökonomischen Gesichtspunkten unbefriedigend, sondern ist auch der Sache, nämlich einer günstigen Beeinflussung der Jugendlichen, abträglich. Nach geltendem Recht wird dies nur dann gemildert, wenn der Jugendrichter in Personalunion auch Vormundschaftsrichter ist (§ 34 II JGG).

- c) Schließlich wird gegen die Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung, ebenso wie gegen die Anordnung der endgültigen Fürsorgeerziehung durch den Jugendrichter geltend gemacht, die vorläufige Fürsorgeerziehung werde durch eine Anordnung im Strafverfahren leicht falsch bewertet und als Repression bzw. Strafmaßnahme aufgefaßt.¹⁾ Auf diese Frage wird im 5. Kapitel im Zusammenhang mit der Überweisung der Erziehungsmaßregeln an den Vormundschaftsrichter gemäß § 53 JGG eingegangen.

2. Für die Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung im Jugendstrafverfahren werden in der Hauptsache zwei Gründe genannt:

1) Pentz, a.a.O., S. 45; Potrykus, § 12 Bem. 3 c u. UJ 56, 235; Grethlein, § 12 Anm. 3 a); Dallinger-Lackner, § 12 Anm. 26; Schaffstein, a.a.O., S. 65; u.a.

- a) Der Abschluß des Strafverfahrens solle nicht hinausgezögert werden, wenn feststehe, daß unter den Erziehungsmaßregeln die Anordnung der endgültigen Fürsorgeerziehung in Betracht komme, ihre Voraussetzungen aber noch nicht vollständig geklärt seien, die Voraussetzungen ihrer vorläufigen Anordnung aber bereits vorlägen.¹⁾ - Schnitzerling²⁾ betont, gerade die vorläufige Fürsorgeerziehung könne mit die einzige sich in der Hauptverhandlung anbietende Erziehungsmaßregel sein, wenn Weisungen (z. B. in einem Heim zu wohnen) mit Rücksicht darauf, daß sie nicht vollstreckbar, sondern nur mit der Möglichkeit von Beugearrest ausgestattet seien, unzulänglich erschienen.
- b) Außerdem lasse sich die Anordnung der endgültigen Fürsorgeerziehung häufig vermeiden, wenn man die vorläufige Fürsorgeerziehung anordne.³⁾ Das habe auch den Vorteil, daß Jugendamt und Fürsorgeerziehungsbehörde wenigstens am Verfahren der Anordnung der endgültigen Fürsorgeerziehung (durch den Vormundschaftsrichter) beteiligt würden und die Befugnis zur Rechtsmitteleinlegung hätten, was ihnen bei einer Anordnung im Jugendstrafverfahren nicht möglich sei.
3. Vergleicht man die Gründe, die für und die gegen eine Anordnung von vorläufiger Fürsorgeerziehung im Jugendstrafverfahren sprechen, so ist erkennbar, daß die Verfahrensvorschriften von Jugendgerichtsgesetz und Strafprozeßordnung die vorläufige Fürsorgeerziehung in ihrer Zweckmäßigkeit stark be-

1) Dallinger-Lackner, § 12 Anm. 26; Grethlein, § 12 Anm. 3 b); Schnitzerling, RdJ 62, 174

2) RdJ 62, 174

3) Riedel, JGG § 12 Anm. 2 unten; Dallinger-Lackner, § 12 Anm. 28; Schnitzerling, RdJ 62, 174

einträchtigen. Allein die Tatsache, daß die vorläufige Fürsorgeerziehung erst mit Rechtskraft des jugendrichterlichen Urteils vollstreckbar ist, läßt sie als Sofortmaßnahme völlig ungeeignet erscheinen, wenn gegen das jugendrichterliche Urteil Rechtsmittel eingelegt werden. Deshalb ist es kaum gerechtfertigt, generell die Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung zu empfehlen, nur um die Anordnung endgültiger Fürsorgeerziehung zu vermeiden.

Andererseits erscheint auch die Meinung von Pentz¹⁾ zu eng, im Verfahren gegen Jugendliche solle nur endgültige Fürsorgeerziehung angeordnet werden. Es kann durchaus die Situation eintreten, die Schnitzerling²⁾ beschreibt, daß die vorläufige Fürsorgeerziehung die einzige sich in der Hauptverhandlung anbietende Erziehungsmaßregel ist, weil sich die Voraussetzungen der endgültigen Fürsorgeerziehung im Moment nicht klären lassen.

Dann muß der Jugendrichter im Einzelfall die Vor- und Nachteile der vorläufigen Fürsorgeerziehung gegen ihre Nachteile abwägen.

Da die vorläufige Fürsorgeerziehung auf Grund der genannten Schwierigkeiten eine unglückliche Stellung im Jugendstrafrecht hat, empfehlen auch hier zahlreiche Autoren³⁾ - ebenso wie bei der endgültigen Fürsorgeerziehung -, die Maßnahme bereits vor dem Urteil (§§ 45, 47 JGG) oder im Urteil nach § 53 JGG dem Vormundschaftsrichter zu überweisen. Ob und inwieweit damit die rechtliche Situation befriedigend geklärt ist, wird Gegenstand der Erörterungen zu § 53 JGG im 5. Kapitel sein.

1) a.a.O., S. 45

2) RdJ 62, 174

3) Dallinger-Lackner, § 12 Anm. 28; Jans-Happe, § 67 Anm. 3 D; Schnitzerling, RdJ 62, 174; Potrykus, § 12 Bem. 3 c) und RdJ 56, 209; Riedel, JGG § 12 Anm. 2; Pentz, a.a.O., S. 45; u. a.

4. Kapitel

Durchführung und Beendigung der Fürsorgeerziehung

Zur Durchführung und Beendigung der vom Jugendrichter angeordneten Fürsorgeerziehung ist vom Jugendstraßverfahren aus nicht viel zu sagen, da der Jugendrichter nach Anordnung der vorläufigen oder endgültigen Fürsorgeerziehung keine Kompetenzen bei der Durchführung und Beendigung der Fürsorgeerziehung mehr hat. Weder wird ihm von der Durchführung der Maßnahme berichtet, noch ist er irgendwie am Aufhebungsverfahren beteiligt.

1. Die die Fürsorgeerziehung ausführende Behörde hat dem Vormundschaftsgericht den Ort der Unterbringung des Minderjährigen mitzuteilen (§ 71 V JWG) und dem Vormundschaftsrichter mindestens einmal jährlich über die Entwicklung des Minderjährigen zu berichten (§ 73 JWG).

Eine Pflicht der Ausführungsbehörde, auch dem Jugendrichter zu berichten, wenn dieser die Fürsorgeerziehung angeordnet hat, ist nicht normiert und kann auch nicht aus der Verweisung des § 12 JGG auf die Vorschriften des Jugendwohlfahrtsgesetzes entnommen werden.

2. Nach § 75 IV JGG wird die Fürsorgeerziehung durch das Vormundschaftsgericht von Amts wegen oder auf Antrag aufgehoben, wenn nicht durch Landesrecht das Landesjugendamt für zuständig erklärt worden ist (§ 75 VI JWG). Das Jugendgericht ist niemals für die Aufhebung der Fürsorgeerziehung zuständig. Auch ein Antragsrecht auf Beendigung der Fürsorgeerziehung hat der Jugendrichter nicht; er gehört nicht zu dem Kreis der nach § 75 IV 2 JWG Antragsberechtigten.

3. Für die Jugendgerichte sind also in erster Linie nur die Anordnungsvoraussetzungen der Fürsorgeerziehung von Bedeutung, die weitere Zuständigkeit geht auf den Vormundschaftsrichter oder das Landesjugendamt über, die alle späteren Maßnahmen zu treffen haben.¹⁾

Für den Jugendrichter ist diese rechtliche Situation unbefriedigend. Da ihm nur Kompetenzen bei der Anordnung der Fürsorgeerziehung eingeräumt sind, und er, ist die Kompetenz auf den Vormundschaftsrichter übergegangen, von der Entwicklung des Jugendlichen nicht unterrichtet wird, erfährt er kaum, ob sich seine Maßnahmen bewährt haben oder nicht. Auch ist ihm die Möglichkeit genommen, später seine Entscheidungen am Erfolg messen, gegebenenfalls korrigieren und daraus lernen zu können.²⁾

Diesen Forderungen entsprechen auch die zusammenfassenden Berichte der Arbeitsgemeinschaften I (Becker) und II (Vins) auf der Tagung des Allgemeinen Fürsorgeerziehungstages vom 10. bis 13.5. 1960 in Berlin; Becker³⁾ führte aus:

"Alle Vorschläge, die darauf hinauslaufen, den Richter noch mehr mit den Erziehungsmethoden vertraut zu machen, wurden unterstrichen. Die gegenseitigen Besuche, die Unterrichtung der Richter über die Methoden in Heimen, die ständige Information der Richter über den Fortgang der Maßnahmen wurde für erforderlich gehalten."

Vins⁴⁾ formulierte das Ergebnis folgendermaßen:

"Die Arbeitsgemeinschaft war sich einig darüber,

1) Dallinger-Lackner, § 12 Anm.18; Riedel, JWG § 55 Vorb. 16; u.a.

2) ebenso Kober, a.a.O., S. 71, 72

3) Neue Schriftenreihe des AFET Heft 14/1960, S. 114; s. auch S. 117 Anm. 2

4) Neue Schriftenreihe des AFET Heft 14/1960, S. 116/117; vergl. auch Briegleb, Neue Schriftenreihe des AFET Heft 10/1954, S. 39 ff.

daß im Verlauf der Durchführung der Fürsorgeerziehung die Erziehungsbehörde wenigstens in angemessenen Abständen den Richter über die weitere Entwicklung auf dem laufenden halten sollten. Der seiner Aufgabe ergebene Richter will wissen, was aus den jungen Menschen geworden ist, die er der öffentlichen Erziehung übergeben hat, er will vor allem auch aus den Erfahrungen anderer und aus den Wirkungen seiner Entscheidung lernen und wissen, ob er das Richtige getroffen hat oder nicht."

Diesen Erkenntnissen ist für die Person des Jugendrichters noch nicht genügt; freilich muß auf der anderen Seite aber auch eine bessere Kontinuität und Zusammenarbeit in der Jugendgerichtsbarkeit selbst angestrebt und gewährleistet werden.¹⁾

Diese kurzen Hinweise zur Durchführung und Beendigung der Fürsorgeerziehung sollten zeigen, daß die Fürsorgeerziehung nur teilweise in das Jugendgerichtsgesetz integriert ist, nämlich nur insoweit, als ihre Anordnung durch den Jugendrichter erfolgen darf.

Damit stehen wir auch hier vor einem Problem, das uns in anderer Gestalt schon mehrmals begegnete: Durch die Aufgaben- und Verfahrenstrennung zwischen Jugendstraß- und -wohlfahrtsrecht entstehen bei der Anordnung der Fürsorgeerziehung zahlreiche der Sache abträgliche Schwierigkeiten. Betrachtet man diese Schwierigkeiten zusammen mit den anderen in den früheren Kapiteln genannten, so scheint der Rat der überwiegenden Meinung²⁾ einleuchtend, die Anordnung der Fürsorgeerziehung in der Regel gemäß § 53 JGG dem Vormundschaftsrichter zu überlassen.

1) dazu ausführlicher unten S. 152 ff.

2) s. u. S. 118 ff.

Ob dies eine geeignete Lösung des Problems "Fürsorgeerziehung im Verfahren gegen Jugendliche" darstellt, oder ob bei der Überlassung der Anordnung an den Vormundschaftsrichter neue Schwierigkeiten auftauchen, die diesen Weg nur bedingt zweckmäßig erscheinen lassen, soll Gegenstand der Erörterung im nächsten Kapitel sein.

5. Kapitel

Die Anordnung der Fürsorgeerziehung durch den Vormundschaftsrichter nach einem Überweisungsurteil des Jugendrichters gemäß § 53 JGG

Einer Erörterung des § 53 JGG und seiner die Anordnung von Fürsorgeerziehung berührenden Problematik im Rahmen dieser Untersuchung bedarf es deshalb, weil von den meisten Autoren empfohlen wird, die Fürsorgeerziehung möglichst nicht im Jugendstrafverfahren anzuordnen, sondern ihre Anordnung dem Vormundschaftsrichter zu überlassen.

- I. Die Meinungen, wann der Jugendrichter zu diesem Zweck von § 53 JGG Gebrauch machen soll und kann, sind geteilt.

1. Am weitestgehendsten empfiehlt Jans¹⁾ in jedem Falle die Anordnung der Fürsorgeerziehung dem Vormundschaftsrichter zu überlassen und nicht nur dann, wenn etwa die vom Jugendrichter anzuordnenden Erziehungsmaßregeln nicht feststehen sollten oder Meinungsverschiedenheiten über ihre Auswahl herrsche. Seiner Meinung nach ist die Fürsorgeerziehung im Jugendverfahren keine Strafmaßnahme. Alles mögliche müsse deshalb getan werden, dieses Rechtsinstitut aus der mißverständlichen Nähe der Strafe zu entfernen.²⁾ Zu diesem Zweck solle der Staatsanwalt möglichst noch vor Anklageerhebung die Anordnung der Fürsorgeerziehung durch den Vormundschaftsrichter bewirken und seine Ermittlungen einstellen.

Sei die Anklage schon erhoben, so solle der Jugendrichter mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft

1) a.a.O., S. 92, 94 ; ähnlich Riedel, wie S.2
Anm. 1

2) zur Frage des Strafmakels der Fürsorgeerziehung vergl. auch Marcus, a.a.O., S. 2

das Verfahren einstellen, falls der Vormundschaftsrichter Fürsorgeerziehung anordne. Sei es bis zur Hauptverhandlung gekommen, so solle der Richter in jedem Falle von dem Überweisungs-urteil nach § 53 JGG Gebrauch machen. Jans fordert die Überweisung an den Vormundschaftsrichter selbst für den Fall, daß beide Aufgaben von demselben Richter in Personalunion wahrgenommen werden (§ 34 II JGG).¹⁾

2. Die dieser Ansicht am schärfsten entgegenstehende Meinung vertreten Schütze²⁾ und Roestel.³⁾

Schütze geht von dem Wortlaut des § 53 Satz 1 JGG aus und weist darauf hin, daß aus einer Kann-Vorschrift ("Der Richter kann ... überlassen, ...") schlecht eine Regel derart abzuleiten sei, der Jugendrichter solle dem Vormundschaftsrichter die Anordnung der Fürsorgeerziehung möglichst immer überlassen. § 53 JGG sei nur für den Fall gedacht, daß auf Grund der Hauptverhandlung noch Zweifel bestünden, welche Erziehungsmaßregel für den jugendlichen Täter die geeignetste sei. Diese in erster Linie erzieherische Frage könne der Vormundschaftsrichter manchmal besser auf Grund seiner längeren Kenntnis des Jugendlichen entscheiden. Wenn aber nach eingehender Hauptverhandlung der Jugendrichter zu dem Ergebnis komme, Fürsorgeerziehung sei die richtige Maßnahme, dann solle er sie auch anordnen. Das Zeremoniell der Hauptverhandlung verliere sonst jede Wirkung.⁴⁾

Noch eingehender wendet sich Roestel gegen die Meinung, der Jugendrichter solle in der Regel die Anordnung dem Vormundschaftsrichter überlassen.

1) Jans, a.a.O., S. 94

2) UJ 56, 131

3) a.a.O., S. 21

4) Roestel, a.a.O., S. 21

Seiner Ansicht nach hat die jugendrichterliche Praxis bewiesen, daß jene sozialpsychologischen Bedenken nicht durchschlagend sind, die von einer Diffamierung der Fürsorgeerziehung durch ihre Anordnung im Jugendstrafverfahren gesprochen haben.¹⁾ Gerade im Jugendstrafverfahren, meint Roestel, wo der Sachverhalt, der zur Anordnung der Fürsorgeerziehung führe, im einzelnen unter Beisein der Eltern, des Jugendlichen, von Verteidiger, Zeugen und Jugendgerichtshilfe festgestellt und nach einem eingehenden Verfahren die Maßnahme in einem Urteil mit all seinen Garantien angeordnet werde, könnten der Jugendliche und vor allem dessen Eltern sich nichts vormachen. Sie seien eher bereit, die Fürsorgeerziehung innerlich hinzunehmen, wenn ein auf Tatsachen gegründetes Bild ihres Kindes sich vor ihren Augen entwickle, als wenn das Verfahren an den Vormundschaftsrichter überwiesen werde. Bei den Eltern sei auch oft in der Zeit zwischen der Hauptverhandlung vor dem Jugendgericht, in der nichts sofort Sichtbares geschehe, und dem Tätigwerden des Vormundschaftsrichters, insbesondere wenn dieser sie erneut vorlade und sich nicht mit der "persönlichen Anhörung" in der Hauptverhandlung des Strafverfahrens begnüge, der Zusammenhang zwischen den Straftaten ihres Kindes und der nun anzuordnenden Fürsorgeerziehung gefühlsmäßig schon wieder abhanden gekommen.

Selbst dann, wenn der Jugendrichter gleichzeitig Vormundschaftsrichter sei, vergehe bis zur Rechtskraft des vormundschaftsrichterlichen Beschlusses noch einige Zeit (Ausfertigen des Urteils, büromäßige Behandlung beim Vormundschaftsgericht, Zustellung des Beschlusses, Zwei-Wochen-Frist bis Rechtskraft).

1) Roestel, a.a.O., S. 21 f.

3. Zahlreiche Autoren¹⁾ nehmen eine Mittelstellung zwischen den Ansichten von Jans auf der einen und Schütze und Roestel auf der anderen Seite ein. Unter den Vertretern dieser Mittelmeinung gibt es Abweichungen in der Begründung, die aber nicht wesentlich erscheinen.

Grethlein²⁾ stellt sich ebenso wie Potrykus³⁾ auf den Standpunkt, die Anordnung von Fürsorgeerziehung sei grundsätzlich dem Vormundschaftsrichter zu überlassen, weil das jugendgerichtliche Verfahren schlecht zu den notwendigen Ermittlungen geeignet sei, und eine häufige Anordnung von Fürsorgeerziehung im Jugendstraßverfahren ihr Ansehen als Erziehungsmaßnahme noch mehr untergrabe.⁴⁾ Der Vormundschaftsrichter sei im Verfahren freier und nicht durch die Tat gebunden, was der Erziehung zugute komme.⁵⁾ Auch seien dem Vormundschaftsrichter zweckmäßigerweise solche Sachen zu überlassen, die eine über den einzelnen Fall hinausgehende Verwahrlosung des Jugendlichen erkennen ließen.⁶⁾ Nur dann, wenn sich die Notwendigkeit der Anordnung von Fürsorgeerziehung erst in der Hauptverhandlung herausstelle, zugleich aber alle erforderlichen Feststellungen in der Hauptverhandlung getroffen werden könnten, sei die Anordnung der Fürsorgeerziehung durch das Jugendgericht zu vertreten.⁷⁾ Denn es bedeute oft eine gewisse Um-

1) Sieverts in Handbuch der Heimerziehung, S.1088; Grethlein, § 12 Anm. 3 a); Dallinger-Lackner, § 53 Anm. 3; Potrykus, § 12 Bem. 3 c); § 9 Bem. 4; § 53 Bem. 2

2) § 12 Anm. 3 a)

3) UJ 56, 235

4) Grethlein, § 12 Anm. 3 a); Potrykus, § 12 Bem. 3 c); Sieverts in Handbuch der Heimerziehung S. 1088

5) Sieverts, a.a.O.

6) Dallinger-Lackner, § 53 Anm. 3; Potrykus, § 37 Bem. 1 a.E.

7) Dallinger-Lackner, § 12 Anm. 27; u.a.

ständigkeit und Doppelarbeit, wenn zunächst das Jugendgericht das Verfahren bis zu einem bestimmten Punkt führe und Ermittlungen anstelle, um es dann an den Vormundschaftsrichter abzugeben. Wenn außerdem der Jugendrichter nicht in Personalunion auch Vormundschaftsrichter sei, so müßten von neuem weitgehend dieselben Feststellungen durch abermalige Vernehmungen des Jugendlichen, der Eltern und der Zeugen getroffen werden. Das verärgere aber die Beteiligten und störe die menschliche Atmosphäre des Verfahrens.¹⁾ Zudem könne es Fälle geben, wo es aus erzieherischen Gründen geboten sei, sofort die Fürsorgeerziehung anzuordnen, um bei dem Jugendlichen der Meinung entgegenzuwirken, es sei auf seine Tat hin doch nichts geschehen.²⁾ Auch die Richtlinien zu § 13 RJGG³⁾ sind dieser Mittelmeinung zuzurechnen: "Um einer falschen Bewertung der Fürsorgeerziehung vorzubeugen, empfiehlt es sich, sie auch im übrigen nach Möglichkeit nicht im jugendgerichtlichen Verfahren, sondern durch den Vormundschaftsrichter anzuordnen. Ihre Anordnung im jugendgerichtlichen Verfahren ist nur angezeigt, wenn sie sich erst in der Hauptverhandlung als erforderlich erweist und eine abschließende Entscheidung über die Fürsorgeerziehung möglich ist."

4. Im Rahmen dieses allgemeinen Problems, in welchem Umfang und aus welchen Gründen die Anordnung von Erziehungsmaßregeln dem Vormundschaftsrichter gemäß § 53 JGG zu überlassen ist, ist als Unterfrage umstritten, ob auch dann eine Verweisung zweckmäßig erscheint, wenn der Jugendrichter in Personalunion Vormundschaftsrichter ist (§ 34 II JGG),

1) Sieverts, a.a.O., S. 1089

2) Schaffstein, a.a.O., S. 35

3) abgedruckt bei Roestel, UJ 64, 19

der Jugendrichter also den Fall an sich selbst als Vormundschaftsrichter abgibt.

Sieverts¹⁾ meint, eine solche Abgabe sei zu empfehlen und habe rechtlich den Vorzug, daß die Angelegenheit nunmehr nicht mehr im Rahmen des Jugendstraßverfahrens weiterliefe, sondern nach den elastischeren Verfahrensgrundsätzen des FGG. Dagegen behauptet Potrykus²⁾, in diesem Falle sei eine Überweisung wenig sinnvoll. Ebenso glaubt Roestel³⁾, ein Urteil nach § 53 werde zur Farce, wenn der Jugendrichter nach Verkündung des Urteils den Talar ausziehe und als Vormundschaftsrichter die Fürsorgeerziehung durch Beschluß anordne.

II. Zur Beantwortung der Frage, ob und in welchem Umfange es für den Jugendrichter zweckmäßig ist, die Anordnung der - vorläufigen wie endgültigen - Fürsorgeerziehung im Wege des § 53 JGG dem Vormundschaftsrichter zu überlassen, soll zunächst die gesetzliche Regelung in § 53 JGG näher betrachtet werden.

1. Satz 1 des § 53 JGG besagt, daß der Jugendrichter dem Vormundschaftsrichter im Urteil die Auswahl und Anordnung von Erziehungsmaßregeln überlassen kann, wenn er nicht auf Jugendstrafe erkennt. Das Gesetz sagt ausdrücklich, daß das Jugendgericht Auswahl und Anordnung der Erziehungsmaßregeln dem Vormundschaftsrichter überläßt. Der Jugendrichter kann also nicht aus dem Kreis der Erziehungsmaßregeln z. B. die Fürsorgeerziehung auswählen und nur ihre Anordnung dem Vormundschaftsrichter über-

1) a.a.O., S. 1088; ebenso Jans, a.a.O., S. 94

2) JGG, 3. Aufl., § 53 Bem. 3

3) a.a.O., S. 21

lassen. Dies besagen auch die Richtlinien zu § 53 JGG: "Die Überweisung an den Vormundschaftsrichter kann nicht unter Beschränkung auf bestimmte Maßnahmen angeordnet werden. Hält der überweisende Richter eine bestimmte Maßnahme für angezeigt, so teilt er dies dem Vormundschaftsrichter unter Angabe der Gründe mit".¹⁾ Der Jugendrichter darf dem Vormundschaftsrichter nur die Erziehungsmaßregeln überweisen. Dann ist der Vormundschaftsrichter sogar ausnahmsweise befugt, jugendrichterliche Weisungen (§§ 9 Ziff. 1, 10 JGG) zu erteilen²⁾, was ihm kraft eigener Kompetenz - anders als bei Erziehungsbeistandschaft und Fürsorgeerziehung - sonst nicht zusteht.

Hält der Jugendrichter also in einem bestimmten Fall die Fürsorgeerziehung für die richtige Rechtsfolgemaßnahme, will er sie aber nicht selber anordnen, so kann er den Vormundschaftsrichter in den Gründen des Überweisungsurteils darauf hinweisen; im Tenor des Überweisungsurteils müssen aber alle Erziehungsmaßregeln dem Vormundschaftsrichter zur Auswahl und Anordnung überlassen werden. An den Vorschlag in den Urteilsgründen ist der Vormundschaftsrichter nicht gebunden.³⁾

Die Überweisung der Fürsorgeerziehung nur aus dem Grunde, weil sie bei einer Anordnung im Jugendstrafverfahren fälschlich als Strafe aufgefaßt werden könnte, verliert für den Jugendrichter in dem Moment an Wert, wo er nicht weiß, ob der Vormundschaftsrichter die Situation anders beurteilt und statt die Fürsorgeerziehung anzuordnen, z. B. eine Weisung erteilt. Dann wird der Jugendrichter,

1) vergl. Dallinger-Lackner, § 53 Anm. 4; Potrykus, § 53 Bem. 6; Grethlein, § 53 Anm. 1 c)

2) Dies wird überwiegend anerkannt; z.B. Dallinger-Lackner, § 53 Anm. 13; Potrykus, § 53 Bem. 6

3) wie oben Anm. 1

der für sich schon die Voraussetzungen der Fürsorgeerziehung bejaht hat, in vielen Fällen lieber selber Fürsorgeerziehung anordnen und prozeß-ökonomischen und verfahrensrechtlichen Gründen den Vorgang vor den Erfordernissen der Erziehung geben.

2. Dies ist aber nicht die einzige Schwierigkeit des § 53 JGG. Eine weitere Frage ist die, ob der Vormundschaftsrichter, wenn er der Anregung des Jugendrichters folgend Fürsorgeerziehung ins Auge faßt, zuerst das Jugendamt zu einem Versuch der Freiwilligen Erziehungshilfe veranlassen muß. Oder ist der Vormundschaftsrichter nach einem Überweisungsurteil gemäß § 12 Satz 2 JGG von diesem Versuch befreit?
- a) Nach der amtlichen Begründung zu § 53 JGG - "Es kann durchaus sachdienlich sein, wenn der Vormundschaftsrichter zunächst den Versuch machen läßt, zur vereinbarten Freiwilligen Erziehungshilfe zu gelangen"¹⁾ - ist § 12 Satz 1 bei § 53 JGG nicht anwendbar. Dem hat sich die wohl überwiegende Meinung angeschlossen.²⁾

Diese Auffassung vertritt auch Potrykus³⁾, der dem Vormundschaftsrichter rät, nach gelungener Vereinbarung von Freiwilliger Erziehungshilfe gemäß § 53 Satz 2 JGG von eigenen Maßnahmen abzu-
sehen. In diesem Falle hätten sich nämlich die Umstände, die für das Urteil des Jugendrichters maßgebend gewesen seien, geändert, so daß für den Vormundschaftsrichter die Pflicht entfalle, selbst tätig zu werden. Scheitere der Versuch

1) S. 35 der amtlichen Begründung BT-Drucksache III/2226, zitiert bei Miehe, RdJ 63, 117

2) Riedel, JGG § 12 Anm. 1; Dallinger-Lackner, § 53 Anm. 13; Potrykus, RdJ 62, 217 f. (218)

3) a.a.O.

der Freiwilligen Erziehungshilfe, so könne der Vormundschaftsrichter immer noch von sich aus tätig werden.

- b) Miehe¹⁾ geht bei seinem gegenteiligen Standpunkt davon aus, daß eine ausdrückliche Klarstellung, ob bei § 53 § 12 Satz 2 JGG anzuwenden sei oder nicht, fehle. In § 53 seien dem Vormundschaftsrichter jugendrichterliche Aufgaben zugewiesen, meint Miehe, und der Vormundschaftsrichter werde deshalb in Ausführung des Überweisungsurteils nicht als Vormundschaftsrichter sondern in Vertretung des Jugendrichters mit dessen Befugnissen tätig, was sich z. B. darin zeige, daß er nur in diesen Fällen auch Weisungen nach § 10 JGG erteilen dürfe.²⁾ Das sei ihm sonst verwehrt. Es lasse sich also durchaus die Auffassung vertreten, der Vormundschaftsrichter brauche hier einen jugendamtlichen Versuch nach den §§ 56 I, 62, 63 JWG nicht abzuwarten, da er ebenso wie der Jugendrichter durch § 12 S. 2 JGG von diesem Versuch ausdrücklich befreit sei.
- c) Die umgekehrte Problematik war uns bei § 3 S. 2 JGG begegnet. Dort fehlte ebenfalls eine gesetzliche Klarstellung, ob § 12 Satz 2 JGG bei der Anordnung von Fürsorgeerziehung anzuwenden sei. Dort hatte Miehe gefolgert: Da dem Jugendrichter im Rahmen des § 3 S. 2 JGG vormundschaftsrichterliche Befugnisse eingeräumt seien, sei § 12 Satz 2 nicht anzuwenden, der Versuch der Freiwilligen Erziehungshilfe also immer vor Anordnung der Fürsorgeerziehung zu machen.

Wir hatten dazu festgestellt³⁾, daß die Auffassung von Miehe dann konsequent ist, wenn man die

1) RdJ 63, 116 ff. (117)

2) s.o.S.124 und dort Anm. 2

3) s.o.S. 69 ff., 79 ff.

Aufgaben von Vormundschafts- und Jugendrichter streng trennt und Jugendwohlfahrtsrecht und Jugendstrafrecht als wesensverschiedene, sachlich selbständige Bereiche ansieht. Dann wird der Vormundschaftsrichter in Ausführung des Überweisungs-urteils nach § 53 JGG "als Jugendrichter" tätig, zumal er als Reaktion auf eine Straftat die sonst nur dem Jugendrichter zustehenden Weisungen (§ 10 JGG) anordnen kann. Umgekehrt wird der Jugendrichter bei § 3 S. 2 JGG "als Vormundschaftsrichter" tätig.

Wir haben uns schon im 1. und 2. Kapitel¹⁾ mit der Frage beschäftigt, ob man Jugendwohlfahrts- und Jugendstrafrecht sachlich so strikt trennen kann, daß die Fürsorgeerziehung ihren Charakter danach ändert, je nachdem in welchem Kompetenzbereich sie angeordnet wird.

Wir haben gesehen: In der Regel ist es Aufgabe des Jugendrichters, die Reaktion "Fürsorgeerziehung" mit der Tat des Jugendlichen zu verknüpfen. Aber diese Aufgabe ist nicht auf den Jugendrichter beschränkt. Wenn es der Vormundschaftsrichter für erzieherisch angebracht halten sollte, wird man ihm nicht verwehren können, den Jugendlichen bei der Anordnung der Maßnahme auf ein Fehlverhalten hinzuweisen. Auch wenn der Jugendrichter bei § 3 Satz 2 JGG "als Vormundschaftsrichter" tätig wird, geschieht es, um Tat und Reaktion in Zusammenhang zu bringen, um nämlich bei dem Jugendlichen den oft erzieherisch schädlichen Eindruck zu vermeiden, es sei auf seine Tat hin doch nichts geschehen.

Wir wollen deshalb - ebenso wie bei der entsprechenden Frage zu § 3 S. 2 JGG - nicht darauf abstellen, ob der Vormundschaftsrichter "als Jugendrichter"

1) s. o. S. 45 ff. u. 79 ff.

tätig geworden oder "Vormundschaftsrichter geblieben" ist, sondern sehen, welche Lösung den Intentionen beider Gesetze am besten gerecht wird.

Ist es der Resozialisierung des Jugendlichen dienlicher, ohne den Versuch Freiwilliger Erziehungshilfe sofort Fürsorgeerziehung anzuordnen, oder soll der Richter in jedem Falle erst Freiwillige Erziehungshilfe veranlassen? Es wurde schon betont¹⁾, daß dem Richter beide Möglichkeiten offenstehen sollten, je nachdem was die erzieherische Situation erfordert.

Der Vormundschaftsrichter sollte an sich die Möglichkeit haben, je nachdem was die erzieherische Situation erfordert, sich auf den Standpunkt der einen oder anderen Meinung zu stellen. Wir müssen uns hier nach geltendem Recht - leider! - zu einer Auslegung des § 53 Satz 1 JGG bekennen.

Da bei einer Überweisung an den Vormundschaftsrichter im Wege des § 53 JGG ohnehin einige Zeit vergehen wird, bis es zur Anordnung von Fürsorgeerziehung kommt (vor allem, wenn Jugend- und Vormundschaftsrichter nicht identisch sind (§ 34 II JGG)), kann es in der Regel auf die Zeit, die man zu einem Versuch der Freiwilligen Erziehungshilfe benötigt, auch nicht mehr ankommen. Deshalb wird es oft sinnvoller sein, wenn der Vormundschaftsrichter, der nach einem Überweisungsurteil Fürsorgeerziehung anordnen will, zuerst Freiwillige Erziehungsbeihilfe versucht, sofern die Erziehungsberechtigten nach den erforderlichen Feststellungen die Gewähr dafür bieten, daß sie nicht vorzeitig von ihrem Recht, die Aufhebung der Freiwilligen Erziehungshilfe nach § 75 III JWG zu beantragen, Gebrauch machen.

1) s. o. S. 81 f.

3. Weitere Zweifelsfragen tauchen bei einer Überweisung der Erziehungsmaßnahmen an den Vormundschaftsrichter dann auf, wenn der Vormundschaftsrichter von einer Anordnung von Maßnahmen ganz absehen oder andere als Erziehungsmaßnahmen anordnen möchte. Grundsätzlich verpflichtet das Gesetz den Vormundschaftsrichter, eine der drei Arten von Erziehungsmaßnahmen anzuordnen (§ 53 S.2 1.Halbs. JGG). Eine Ausnahme gilt für den Fall, daß "sich die Umstände, die für das Urteil maßgebend waren, verändert haben" (§ 53 S. 2 2. Halbs. JGG). Wie weit der Kreis der für das Urteil maßgeblichen Umstände zu ziehen ist, ist umstritten.

- a) Zunächst ist fraglich, ob auch solche Umstände unter die Ausnahme von § 53 Satz 2 2.Halbs. JGG fallen, die sich seit Ergehen des Urteils geändert haben, oder nur solche Umstände, denen nach Rechtskraft des Urteils eine Änderung widerfahren ist.

Potrykus¹⁾ weicht von der sonst einhelligen Meinung²⁾ ab, indem er - ohne Begründung - nur eine Änderung in den tatsächlichen Voraussetzungen des Urteils nach Eintritt der Rechtskraft gelten lassen will.

Diese Auffassung ist mit dem Gesetzeswortlaut nicht zu vereinbaren. § 53 Satz 2 2. Halbs. JGG sagt ausdrücklich, daß die Umstände, die für das "Urteil" maßgebend waren, sich geändert haben müssen. Das Gesetz spricht nicht etwa von einem "rechtskräftigen Urteil". Diese Regelung ist auch sinnvoll, da sich die Umstände zwischen Erlaß und Rechtskraft des Urteils ändern können, ohne daß dies durch ein langwieriges Rechtsmittelverfahren zweckentsprechend berücksichtigt werden könnte, zumal die

1) § 53 Bem. 6 u. 7

2) z.B. Dallinger-Lackner, § 53 Anm. 15;
Kiesow, § 5 Anm. 5; Grethlein, § 53 Anm. 2 c)

Anfechtung von Überweisungsurteilen nach § 55 I JGG noch eingeschränkt ist.

- b) Als weitere Frage haben wir im Rahmen des § 53 Satz 2 JGG zu beantworten, was der Gesetzgeber mit den "veränderten Umständen" meint, die den Vormundschaftsrichter berechtigen, ganz von Erziehungsmaßregeln abzusehen. Fallen unter diesen Begriff auch nach dem jugendrichterlichen Urteil neu hinzugetretene Tatsachen¹⁾ oder müssen sich die zur Zeit des Urteils bereits vorliegenden Umstände "verändert" haben? Fallen darunter auch Umstände, die zur Zeit des Urteils entstanden, dem Gericht aber nicht bekannt waren, auch wenn sie vielleicht hätten ermittelt werden können, weil sie anderen Stellen bekannt waren?²⁾

Nicht unter die "veränderten Umstände" fallen nach einhelliger Meinung die Fälle, in denen der Vormundschaftsrichter den feststehenden Sachverhalt lediglich rechtlich anders beurteilt als das erkennende Jugendgericht, und deshalb von der Anordnung von Erziehungsmaßregeln absehen will. Zwei auf gleicher Stufe stehende Gerichte sollen nicht den gleichen Sachverhalt rechtlich unterschiedlich würdigen. Zwei differierende Entscheidungen in der gleichen Sache vertragen sich nicht mit dem Grundsatz der Vermutung der Richtigkeit der Urteile als

-
- 1) so Grethlein, § 53 Anm. 2 c) und Dallinger-Lackner, § 53 Anm. 17, die darauf hinweisen, eine Änderung der Umstände könne ausnahmsweise auch darin gesehen werden, daß das Strafverfahren den Jugendlichen bereits so beeindruckt habe, daß Erziehungsmaßregeln nicht mehr erforderlich seien.
- 2) Dies bejahen Dallinger-Lackner, § 53 Anm. 15 und Grethlein, § 53 Anm. 2 e), die in diesem Falle eine erneute Beurteilung der Schuldfrage durch den Vormundschaftsrichter zulassen wollen (a.A. Hellwig, § 5 Anm. 7; JFG 3, 80, 83)

Hoheitsakte und untergraben das Vertrauen in die Rechtsprechung. Außerdem wären divergierende Entscheidungen in der gleichen Sache dem Erziehungsgedanken abträglich.¹⁾

Unbedenklich dürfte auch die Annahme sein, daß nach dem Erlaß des jugendgerichtlichen Urteils neu entstandene Tatsachen vom Vormundschaftsrichter berücksichtigt werden dürfen. Denn es läßt sich nur schwer eine klare Unterscheidung zwischen veränderten "alten" Umständen und hinzugetretenen "neuen" treffen. Jede Veränderung einer komplexen Situation beinhaltet in der Regel gleichzeitig auch den Hinzutritt von neuen Bedingungen, so daß es eher eine Frage der Blickrichtung ist, ob man von veränderten alten oder hinzugetretenen neuen Ursachen spricht.

Die Schuldfrage des jugendrichterlichen Urteils darf der Vormundschaftsrichter insoweit prüfen, als er durch veränderte alte oder neue Tatsachen und Beweismittel dazu Anlaß hat. § 53 S. 2 JGG spricht nur ganz allgemein von Umständen, die für das "Urteil" maßgebend waren. Zum Urteil gehört auch die Prüfung der Schuldfrage.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob von § 53 S. 2 JGG auch noch solche Umstände erfaßt sind, die zur Zeit des jugendgerichtlichen Urteils bereits vorlagen, im Urteil jedoch noch nicht bewertet wurden. - Hatte das Jugendgericht Kenntnis von den Umständen zur Zeit des Urteils und hat es diese Umstände unberücksichtigt gelassen, z.B. weil es sie für unwesentlich hielt, so kann der Vormundschaftsrichter diese Umstände nicht neu bewerten. Die rechtliche Beurteilung der dem Richter bekannten tatsächlichen Verhältnisse ist abgeschlossen.²⁾

1) Kaufmann, JZ 58, 9, 11; Dallinger-Lackner, § 55 Anm. 6 a. E.

2) s.o.S. 130 u. oben Anm. 1

Waren die Umstände dem Jugendgericht jedoch nicht bekannt, so sollen sie nach der wohl herrschenden Lehre¹⁾ vom Vormundschaftsrichter zur Änderung seiner Entscheidung verwandt werden können, auch wenn anderen Stellen diese Umstände zur Zeit des Urteils bekannt waren und vom Gericht hätten ermittelt werden können.

Der Wortinterpretation des § 53 S.2 2.Halbs. JGG entspricht eine solche Auslegung nicht, denn dort heißt es ausdrücklich, daß sich die Umstände, die für das Urteil maßgebend waren, geändert haben müssen. Die dem Gericht unbekannten Umstände waren für das Urteil nicht maßgebend. Hier könnte man unterstützend noch § 767 II ZPO heranziehen, wo gegen den Vollstreckungstitel nur solche Einwendungen zulässig sind, deren Gründe nach der letzten mündlichen Verhandlung in der Vorinstanz entstanden sind. Es wird also nicht darauf abgestellt, in welchem Zeitpunkt der Schuldner von den die Einwendung begründenden Tatsachen Kenntnis erhalten hat, sondern es genügt objektiv die Möglichkeit der Geltendmachung in der letzten Tatsachenverhandlung des Vorprozesses.

Es ist aber fraglich, ob man aus dieser, auf den ersten Blick recht ähnlichen gesetzlichen Regelung Schlüsse für § 53 S. 2 JGG ziehen kann. Im Zivilprozeß gelten grundsätzlich die Parteimaxime und der Beibringungsgrundsatz, d. h. die Parteien müssen ihre Rechte selber wahrnehmen und den Prozeßstoff liefern. Dann ist es auch konsequent, wenn die Partei, die ihre Rechte nicht wahrnimmt, nach gewisser Zeit damit ausgeschlossen wird. Anders im Strafrecht und Jugendwohlfahrtsrecht. Hier ermittelt das Gericht von Amts wegen und bestimmt entscheidend das Verfahren. Deshalb ist es hier auch eher möglich, zur Erkenntnis der wirklichen

1) s. o. S. 130 Anm. 2

Situation Tatsachen nachzubringen und nachträglich noch zu berücksichtigen.

Dies entspricht auch dem Sinn des § 53 S. 2 JGG; um der erzieherischen Situation des Jugendlichen möglichst gerecht zu werden, sollen auch Veränderungen der Erziehungslage nach dem Überweisungs-urteil bis zum Tätigwerden des Vormundschaftsrichters von letzterem berücksichtigt werden können. Wenn es also in erster Linie um den Jugendlichen und seine zweckentsprechende Erziehung geht, wird man dem Vormundschaftsrichter auch noch zugestehen müssen, solche Tatsachen zu berücksichtigen, die der Jugendrichter noch nicht kannte, die aber zur Zeit des Überweisungsurteils bereits vorlagen.¹⁾ Mit diesen Tatsachen liegt dem Vormundschaftsrichter ein gegenüber dem jugendrichterlichen Urteil veränderter Sachverhalt vor, so daß nicht die Gefahr besteht, der gleiche Sachverhalt werde von zwei gleichrangigen Gerichten unterschiedlich beurteilt.

- c) Nachteile der Regelung in § 53 S. 2 JGG bleiben jedoch bestehen: Die zur Tat- und Schuldfeststellung erforderlichen Ermittlungen und Beweiswürdigungen müssen in zwei verschiedenen Verfahrensarten mit ihrem recht unterschiedlichen Apparat vorgenommen werden. Außerdem ist dem Vormundschaftsrichter leicht die Möglichkeit gegeben, an sich unwichtige oder nebensächliche Tatsachen zur Begründung seiner abändernden Entscheidung neu zu "entdecken". - Ob und in welcher Form dem Jugendrichter eine rechtliche Handhabe gegen den Vormundschaftsrichter gegeben ist, wenn er mit dessen Entscheidungen nicht einverstanden ist, soll anschlie-

1) vergl. dazu § 18 FGG; danach können zur Zeit der Verfügung eingetretene, aber unbekannt gebliebene Tatsachen später berücksichtigt werden (Keidel, § 18 Anm. 1)

ßend im Rahmen der Rechtsmittel gegen ein Überweisungsurteil erörtert werden.

4. Beschäftigten sich die vorhergehenden Ausführungen mit den Voraussetzungen bzw. dem Umfang der Überweisungsvorschrift des § 53, so sollen jetzt die Fragen erörtert werden, die sich bei der Anfechtung eines solchen Überweisungsurteils und bei der Anfechtung des ihm folgenden vormundschaftsrichterlichen Beschlusses ergeben.

a) Rechtsmittel gegen das Überweisungsurteil

- aa) Der Kreis der Rechtsmittelberechtigten ist durch die Vorschriften des Jugendgerichtsgesetzes (§§ 67 III, 55 II 2 JGG) und der Strafprozeßordnung (§§ 296, 298 StPO) begrenzt. Jugendamt und Landesjugendamt haben kein Rechtsmittel gegen das Überweisungsurteil; sie sind keine Erziehungsberechtigten im Sinne von § 67 III JGG.¹⁾

- bb) Die Anfechtbarkeit von Überweisungsurteilen ist sachlich durch § 55 I 1 JGG beschränkt:

Ein Überweisungsurteil soll nicht deshalb angefochten werden, weil die Auswahl und Anordnung der Erziehungsmaßregeln dem Vormundschaftsrichter überlassen worden sind, oder weil Zuchtmittel hätten angeordnet werden sollen.²⁾

Für die Fürsorgeerziehung enthält Satz 2 des § 55 I JGG eine Ausnahme: "Diese Vorschrift gilt nicht, wenn die Entscheidung Fürsorgeerziehung angeordnet hat". Aus diesem Nachsatz schließt Potrykus³⁾, das Überweisungsurteil sei ausnahmsweise auch dann anfechtbar, wenn die Anordnung von Fürsorgeerziehung

1) Dallinger-Lackner, § 67 Anm. 4 u. 15

2) Mit der Begründung, der Jugendliche habe die Tat nicht oder nicht schuldhaft begangen, kann das Urteil immer angefochten werden.

3) § 53 Bem. 5

durch den Vormundschaftsrichter "in Betracht kommen".¹⁾

Diese Auslegung von Potrykus läuft dem klaren Gesetzeswortlaut und auch dem Sinn des § 55 I 2 JGG zuwider. - Der Wortlaut des § 55 I 2 JGG spricht deutlich davon, daß das Überweisungsurteil entgegen § 55 I 1 JGG nur dann anfechtbar ist, wenn die jugendrichterliche Entscheidung bereits Fürsorgeerziehung angeordnet hat. Die ratio legis des § 55 I 2 JGG ist, daß die Rechtsmittelbeschränkung des § 55 I 1 JGG dann nicht eintreten soll, wenn eine so weit in die Freiheitsrechte des Jugendlichen eingreifende Maßnahme, wie sie die Fürsorgeerziehung darstellt, angeordnet wird. Die bloße Möglichkeit, nach der Überweisung könne der Vormundschaftsrichter Fürsorgeerziehung anordnen, genügt nicht. Hat nämlich der Jugendrichter ein Überweisungsurteil erlassen und in den Gründen dem Vormundschaftsrichter empfohlen, Fürsorgeerziehung anzuordnen, so ist der Vormundschaftsrichter an den Vorschlag nicht gebunden.²⁾ Erfolgt dann eine Anordnung von Fürsorgeerziehung durch den Vormundschaftsrichter, so ist ausreichender Rechtsschutz gewährleistet, wenn sich die Rechtsmittelberechtigten, zu denen jetzt außerdem Jugendamt und Landesjugendamt gehören³⁾, gegen den vormundschaftsrichterlichen Beschluß wenden.⁴⁾

b) Rechtsmittel gegen vormundschaftsrichterlichen Beschluß:

Ordnet der Vormundschaftsrichter auf Grund eines Überweisungsurteils des Jugendrichters die Fürsorge-

1) Dies soll der Rechtsmittelberechtigte offenbar aus den Urteilsgründen entnehmen.

2) so auch Potrykus, § 53 Bem. 6

3) s. u. S. 136 a.E.

4) Grethlein, § 55 Anm. 2 a) u. 5; Dallinger-Lackner, § 55 Anm. 10

erziehung an, so richten sich die Rechtsmittel und der Kreis der Rechtsmittelberechtigten nach dem Jugendwohlfahrtsgesetz. Dies ist einhellige Meinung in Literatur und Rechtsprechung. Daß in diesem Falle die Vorschriften des Jugendgerichtsgesetzes und der Strafprozeßordnung Anwendung finden könnten, weil der Vormundschaftsrichter in Ausführung und zur Vervollständigung eines jugendrichterlichen Erkenntnisses "als Jugendrichter" tätig werde, ist - soweit ersichtlich - bisher nicht vertreten worden.

Wir können zu dieser Frage auf frühere Ausführungen verweisen¹⁾ und schließen uns aus Gründen der sachlichen Nähe und Zweckmäßigkeit der einheitlichen Meinung an.

- aa) Die Beschwerdeberechtigung und der Kreis der Beschwerdeberechtigten richtet sich grundsätzlich nach den Vorschriften des Jugendwohlfahrtsgesetzes, die Sondervorschriften gegenüber den allgemeinen Regelungen des Gesetzes über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) enthalten.²⁾

Der Kreis der Beschwerdeberechtigten ist in § 65 IV JWG abschließend aufgezählt. Anderen Personen oder Institutionen steht das Recht der sofortigen Beschwerde nicht zu.³⁾ Die Zahl der möglichen Beschwerdeberechtigten ist also begrenzt und genau bestimmt.⁴⁾ Beschwerdeberechtigt sind nach den §§ 65 IV, III 2, I 2 JWG das Jugendamt, das Landesjugendamt und jeder Personensorgeberechtigte, außerdem der Minderjährige, wenn er das 14. Lebensjahr beendet hat (nach einem Überweisungsurteil des Jugendgerichts also immer). Zu dem Kreis der Be-

1) s. o. S. 85 ff., 88

2) Riedel, JWG § 65 Anm. 15 mit weiteren Hinweisen

3) Riedel, JWG § 65 Anm. 16; JDR XXIV, 434

4) Friedeberg-Polligkeit, § 65 Anm. 30 a.E.;
Gräber, § 65 Anm. 25; OLG Karlsruhe ZBl. 19,
227 Nr. 60

schwerdeberechtigten gehört nach dem Jugendwohlfahrtsgesetz auch nicht der Jugendrichter.

bb) Es sind jedoch Situationen denkbar, in denen die Frage nach einem Rechtsbehelf des Jugendrichters gegen den Vormundschaftsrichter nicht unberechtigt erscheint, so z. B. wenn der Vormundschaftsrichter auf das Überweisungsurteil hin eine vormundschaftsrichterliche Maßnahme anordnet, die nicht zu dem Kreis der Erziehungsmaßregeln des § 9 Ziff. 3 JGG gehört, oder wenn er völlig untätig bleibt. Auch können Meinungsverschiedenheiten zwischen Vormundschaftsrichter und Jugendrichter auftauchen, ob sich wirklich die Umstände seit Erlaß des Urteils geändert haben oder neue Umstände entdeckt worden oder hinzugekommen sind. Es besteht immer die Gefahr, daß der Vormundschaftsrichter geltend macht, nach § 53 Satz 2 JGG von Erziehungsmaßnahmen absehen zu können, weil sich die für das Urteil maßgeblichen Umstände geändert hätten oder neue entdeckt worden seien.

Dallinger-Lackner¹⁾ sehen bereits darin veränderte Umstände, daß das jugendrichterliche Urteil die erforderliche erzieherische Wirkung erzielt habe. Wenn auch dieser Gedanke dem erzieherischen Ziel des § 53 JGG entspricht, so zeigt er doch gleichzeitig, wie leicht es dem Vormundschaftsrichter damit wird, seine abweichenden Auffassungen gegen den Jugendrichter durchzusetzen.²⁾ Auch können unterschiedliche Auffassungen beider Richter über

1) § 53 Anm. 15

2) Dies zeigt darüber hinaus die von Grethlein aufgeworfene Frage, ob nicht auch die Anordnung vormundschaftsrichterlicher Erziehungsmaßregeln des bürgerlichen Rechts den Vormundschaftsrichter berechtige, gem. § 53 S. 2 JGG von der Anordnung einer jugendrichterlichen Erziehungsmaßregel abzusehen. Grethlein bezeichnet dies als zweifelhaft. - Dallinger-Lackner (§ 45 II 1 JGG) lehnen es mit Recht ab.

den Versuch von Freiwilliger Erziehungshilfe im Rahmen des § 53 JGG¹⁾ Anlaß zu Meinungsverschiedenheiten sein.

Hier helfen letztlich auch die Richtlinien zu § 53 Satz 2 JGG (Nr. 2) nicht weiter, die dieses Problem ansprechen: "Will der Vormundschaftsrichter von der Anordnung von Erziehungsmaßregeln absehen, weil sich die Umstände, die für das Urteil maßgebend waren, verändert haben, so wird er sich nach Anhörung der Jugendgerichtshilfe mit dem erkennenden Richter in Verbindung setzen, um nach Möglichkeit dessen Einverständnis zu erlangen". Die Richtlinien weisen den Vormundschaftsrichter nur darauf hin, "nach Möglichkeit" das Einverständnis des erkennenden Richters zu suchen.

Wenn auch in vielen Fällen ein solches Gespräch zwischen Vormundschaftsrichter und Jugendrichter Schwierigkeiten beseitigen wird, so ist damit nicht die Frage beantwortet, was geschehen soll, wenn dieses Einverständnis nicht herzustellen ist.

- a') Unzweifelhaft dürfte sein, daß gegen den Vormundschaftsrichter, der es unterläßt, die Entscheidung des erkennenden Gerichts auszuführen und eine Erziehungsmaßregel anzuordnen, Dienstaufsichtsbeschwerde zulässig ist.²⁾ Ob aber der Vormundschaftsrichter wegen seines Verhaltens auch disziplinarisch zur Verantwortung gezogen werden wird und werden sollte, dürfte sehr zweifelhaft sein. Bei der unterschiedlichen Auslegung des § 53 Satz 2 JGG und der Dehnbarkeit des Begriffes der "für das Urteil maßgebenden Umstände", wird dem Richter nur äußerst selten eine Dienstpflichtverletzung vorzuwerfen sein. Es ist auch sinnwidrig und kaum möglich, im Wege der Dienstaufsichtsbeschwerde sach-

1) s. o. S. 125 ff.

2) Kiesow, § 5 Anm. 5; Potrykus, § 53 Bem. 6; Dallinger-Lackner, § 53 Anm. 17

liche Differenzen zwischen Jugendrichter und Vormundschaftsrichter klären zu wollen.

b') Deshalb wollen Kiesow¹⁾, Dallinger-Lackner²⁾, Potrykus³⁾ und Grethlein⁴⁾ dem Jugendrichter für den Fall, daß der Vormundschaftsrichter der durch § 53 Satz 2 JGG begründeten Pflicht nicht nachkommt, ein Beschwerderecht gemäß § 57 I Ziff. 9 FGG einräumen. Kiesow schränkt dies etwas ein, hält den Jugendrichter jedoch "jedenfalls dann" für beschwerdeberechtigt, "wenn er noch weiter, etwa infolge einer Strafvollstreckung mit der Sache befaßt bleibt".⁵⁾ Näher begründet Kiesow seine Ansicht nicht.

In keinem Fall hat der Jugendrichter ein Beschwerderecht nach § 57 I Ziff. 9 FGG, wenn der Vormundschaftsrichter Fürsorgeerziehung durch Beschluß anordnet oder ausdrücklich ablehnt. Hier schließt die Beschwerdevorschrift des Jugendwohlfahrtsgesetzes als *lex specialis* die Beschwerde nach § 57 I Ziff. 9 FGG aus.⁶⁾ Mit Rücksicht auf die Eilbedürftigkeit des Fürsorgeerziehungsverfahrens, das dringend einer beschleunigten Erledigung bedarf und eine möglichst baldige Herstellung fester und unangreifbarer Verhältnisse erfordert (stets Eil- und Feriensachen), steht die sofortige Beschwerde nur einem engen Personenkreis zur Verfügung, zu dem der Jugendrichter nicht gehört.⁷⁾ Auf die sofortige Beschwerde findet § 59 I Ziff. 9 FGG schon nach § 59 II FGG keine Anwendung. Gegen den die

1) § 5 Anm. 5

2) § 53 Anm. 20 unter Hinweis auf die allgemeine Meinung

3) § 53 Bem. 6

4) § 53 Anm. 2 c); ebenso Bender, § 53 Anm. 14

5) Kiesow, § 5 Anm. 5

6) so: BayObLG in DJZ 33, 1296 ;
Schnitzerling, RdJ 59, 58 f. (55);

§ 57 II FGG

7) s. o. S. 136, 137

Fürsorge anordnenden oder ablehnenden Beschluß ist aber nach § 65 IV JWG nur die sofortige Beschwerde gegeben.

Es bleiben also für eine Beschwerde des Jugendrichters nach § 57 I Ziff. 9 FGG nur die Fälle übrig, in denen der Vormundschaftsrichter nicht sachlich über die Fürsorgeerziehung entscheidet¹⁾, sei es, daß er völlig untätig bleibt oder ohne weiteres eine andere Maßnahme, gegen die keine sofortige Beschwerde möglich ist, anordnet, obwohl der Jugendrichter Fürsorgeerziehung vorgeschlagen hat.

Voraussetzungen für ein Beschwerderecht nach § 57 I Ziff. 9 FGG sind in den letzteren Fällen lediglich: 1) eine Verfügung, die sich auf die Sorge für die Person des Kindes oder des Heranwachsenden bezieht, und 2) ein berechtigtes Interesse des Beschwerdeführers im eigenen Namen und zu eigenem Recht das Interesse des Kindes wahrzunehmen.²⁾ Das Beschwerderecht steht also jedem zu, der eine persönliche Beziehung zu dem Kind oder durch seinen Beruf begründeten Anlaß hat, für das persönliche Wohl des Kindes einzutreten.³⁾

Das Verhältnis zu dem Kind muß gerade die Beteiligung am gerichtlichen Verfahren in dieser Angelegenheit rechtfertigen.⁴⁾ Es soll nicht verlangt

1) Zur sachlichen Entscheidung gehören z.B.: Anordnung und Ablehnung der Fürsorgeerziehung, Aussetzung des Verfahrens, Anordnung der ärztlichen Untersuchung, Aufhebung der Fürsorgeerziehung; Schnitzerling, RdJ 59, 58; Riedel, § 65 Anm. 15.

Nicht dazu gehören: Ablehnung einer Sachentscheidung, Einstellung des Verfahrens, etc.; vergl. Riedel, JWG 9 65 Anm. 15

2) Baur, a.a.O., § 29 A III 4; Schlegelberger, a.a.O., § 57 Rdnr. 1

3) Schlegelberger, a.a.O., § 57 Rdnr. 21

4) Schlegelberger, a.a.O.; JFG 13, 326 (331)

werden, daß das Interesse sich auf ein bereits vorhandenes Recht stützt, sondern die Überzeugung des Beschwerderichters genügt, daß mit der Beschwerde ein verständiges, durch die Sachlage gerechtfertigtes Interesse verfolgt wird.¹⁾ Dabei muß der Beschwerdeführer zur Wahrnehmung des Kindesinteresses berufen sein, er darf nicht lediglich andere Interessen im Auge haben.²⁾

Auf den ersten Blick könnte es selbstverständlich erscheinen, daß der Jugendrichter von Berufs wegen mit der Wahrnehmung einer die Person des Kindes betreffenden Angelegenheit befaßt ist und ihm deshalb auch das Beschwerderecht des § 57 I Ziff. 9 FGG zustehen müsse. Dagegen bestehen jedoch Bedenken. Ist der Jugendrichter auch dann noch berufen, das Kindesinteresse wahrzunehmen, wenn er die Angelegenheit nach § 53 JGG abgegeben hat ?

Sinn des § 53 JGG ist es, den Kreis der Erziehungsmaßregeln geschlossen an den Vormundschaftsrichter zu überweisen, wenn der Jugendrichter die Auswahl der Maßnahme nicht selber treffen kann. Deshalb wird zu § 53 JGG auch ganz einhellig die Meinung vertreten - der Wortlaut läßt keine andere Lösung zu -, daß der Jugendrichter den Vormundschaftsrichter nicht auf irgendeine Erziehungsmaßregel von vornherein festlegen könne. Der Vormundschaftsrichter tritt also nach dem Überweisungsurteil gemäß § 53 JGG hinsichtlich Auswahl und Anordnung der Erziehungsmaßregeln voll in die Kompetenzen des Jugendrichters ein. Die Aufgaben des Jugendrichters werden auf den Vormundschaftsrichter überleitet, weil kein grundlegender dogmatischer Unterschied zwischen beiden Kompetenzbereichen besteht. Ist das Interesse des Jugendrichters am

1) Schlegelberger, a.a.O., § 34 Rdnr. 7
2) Heidel, a.a.O., § 57 Rdnr. 37 mit weiterer Literatur

Wohl des Kindes aber noch "berechtigt", wenn seine Kompetenzen ausdrücklich einem anderen Richter übertragen wurden?

Es ist z. B. anerkannt und herrschende Meinung, daß ein Richter, dessen Verfügung aufgehoben ist, gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts auch dann keine Beschwerde einlegen kann, wenn er vom Beschwerdegericht zu einer Amtshandlung angewiesen wird.¹⁾ Hier kann der angewiesene Richter durchaus ein legitimes Interesse am Kindeswohl haben. Aus der Aufgabenverteilung zwischen den Gerichten - hier der funktionellen Zuständigkeitsverteilung - folgt aber, daß das Beschwerdegericht alleine und abschließend über die Rechtsfragen entscheidet. Insofern treten die Rechtsprechungsorgane als Einheit auf und eine Beschwerde gegen die Entscheidung des funktionell zuständigen Gerichts wäre einem unzulässigen "In-sich-Prozeß" zu vergleichen.

Die gleichen Gedanken finden auch auf den Fall Anwendung, daß der durch das Überweisungsurteil alleine sachlich zuständig gewordene Vormundschaftsrichter anders entscheidet als der Jugendrichter erwartet. Der Jugendrichter ist nach der Überweisung weder zur Vertretung öffentlicher Interessen berufen noch selbst am Verfahren beteiligt und durch die Maßnahme des Vormundschaftsrichters irgendwie in berechtigten Interessen berührt.

Das gilt entsprechend auch für die einfache Beschwerde nach §§ 19 ff. FGG; nach § 20 I FGG müßte ein Recht des Jugendrichters durch die Verfügung des Vormundschaftsrichters beeinträchtigt werden. Auch hier hat der Jugendrichter

1) Keidel, § 20 Rdnr. 82; Baur, § 29 A III 6; OLG 4, 2; 5, 287; 23, 351; BayOLG 7, 337

kein Recht auf eine bestimmte Entscheidung des Vormundschaftsrichters. In Frage käme höchstens ein formales Recht auf sachliche Behandlung überhaupt. Dies ist aber keines der in § 20 I FGG gemeinten Rechte, sondern eher unter den Begriff des "berechtigten Interesses" in § 57 I Ziff. 9 FGG zu fassen.

Deshalb könnte nur der Fall anders zu beurteilen sein, daß der Vormundschaftsrichter das Überweisungsurteil und den damit übertragenen Auftrag, das jugendrichterliche Erkenntnis zu vervollständigen, überhaupt negiert. In diesem Falle kann man ein berechtigtes Interesse des Jugendrichters daran anerkennen, daß der Vormundschaftsrichter auf den Auftrag des Überweisungsurteils hin tätig wird und sich Vorstellungen über die zum Wohle des Kindes zu ergreifenden oder nicht zu ergreifenden Maßnahmen macht. Dem Jugendrichter kann ein berechtigtes Interesse daran zugestanden werden, daß der Vormundschaftsrichter von den übertragenen Kompetenzen überhaupt Gebrauch macht. Tut er dies erkennbar nicht, so dürfte dem Jugendrichter ein Beschwerderecht nach § 57 I Ziff. 9 FGG zustehen.

Kommt der Vormundschaftsrichter nach Prüfung des Sachverhalts dagegen zu der Entscheidung, zum Wohle des Kindes jegliche Maßnahmen unterlassen zu müssen, z. B. weil sich die Verhältnisse seit dem Erlaß des Überweisungsurteils geändert haben oder weil die Verhandlung vor dem Jugendgericht bereits die beabsichtigte Wirkung erzielt hat, so dürfte kein Beschwerderecht des Jugendrichters gegeben sein. Er griffe damit unzulässigerweise in einen fremden Kompetenzbereich ein. Allerdings muß, soll die Beschwerde unzulässig sein, der Vormundschaftsrichter erkennbar sachlich tätig geworden sein. Am zweckmäßigsten stellt der Vormundschaftsrichter deshalb ausdrücklich fest, daß sich die für das Urteil maßgebenden Umstände geändert haben.

III. Zusammenfassung

Wann soll der Jugendrichter von der Verweisung nach § 53 JGG Gebrauch machen?

Nach § 53 JGG kann, wie festgestellt wurde, der Jugendrichter dem Vormundschaftsrichter niemals bindend vorschreiben, welche einzelne Erziehungsmaßregel dieser anordnen soll. § 53 JGG ist demnach für alle Fälle geeignet, in denen der Jugendrichter weiß, daß eine Erziehungsmaßregel anzuordnen ist, er selbst die Auswahl aber nicht hinreichend sicher treffen kann. Darunter dürfte auch der Fall zu rechnen sein, daß der Jugendrichter die Anordnung von Fürsorgeerziehung ins Auge faßt, im Strafverfahren aber nicht endgültig klären kann, ob ihre Voraussetzungen vorliegen. Schließlich ist eine Verweisung zu empfehlen, wenn eine Verknüpfung von Maßnahme und Tat vermieden werden soll. Letztere Verweisung hat aber nur dann Sinn, wenn der Jugendrichter nicht auch in Personalunion Vormundschaftsrichter ist.

Es kommen sicher noch einige andere Fälle einer Verweisung nach § 53 JGG in Frage. Für alle gilt aber gleichermaßen, daß durch die Spaltung von vormundschafts- und jugendrichterlichen Kompetenzen bei einer Verweisung neue rechtliche und erzieherische Schwierigkeiten auftreten, die dann unerträglich werden, wenn beide Richter, die einem gemeinsamen Ziele dienen sollten, mit Rechtsbehelfen gegeneinander vorgehen.

Schluß

Von der Fragestellung ausgehend, ob es sinnvoll ist, im Strafverfahren gegen Jugendliche Fürsorgeerziehung anzuordnen, sind in den Kapiteln 1 bis 5 die verschiedensten Probleme der Fürsorgeerziehung im Jugendgerichtsgesetz behandelt worden. Sind dabei gemeinsame Grundzüge zu erkennen, die zur Beantwortung der aufgeworfenen Frage beitragen können?

1. Zunächst sollen die Ergebnisse der einzelnen Abschnitte zusammengefaßt werden.

Ein historischer Rückblick auf die Geschichte des Jugendstrafrechts hat unter anderem gezeigt, daß die Anordnung der Fürsorgeerziehung als Reaktion auf einen Rechtsbruch bei verantwortlichen Jugendlichen (§§ 5 I, 9 Ziff. 3 JGG) ein Novum des Jugendgerichtsgesetzes von 1923 gegenüber dem Reichsstrafgesetzbuch von 1871 darstellt.

Die Regelung der Fürsorgeerziehung im neuen Jugendstrafrecht kann aber noch nicht als gelöst bezeichnet werden. Die Zweckmäßigkeit der Maßnahme wird durch zahlreiche rechtliche Schwierigkeiten beeinträchtigt.

Zunächst wurde festgestellt, daß trotz etlicher Bedenken gegen die Reifefeststellung nach geltendem Jugendrecht keine Möglichkeit besteht, bei Anordnung von Fürsorgeerziehung nach §§ 5 I, 9 Ziff. 3 JGG von der Feststellung der Reife abzusehen, obwohl auch bei fehlender Reife die gleiche Maßnahme angeordnet werden kann (§ 3 S. 2 JGG).

Als weitere Anordnungsvoraussetzung der Erziehungsmaßregel "Fürsorgeerziehung" wurde die Auslegung der Worte "aus Anlaß" (der Straftat eines Jugendlichen) in § 5 I JGG erörtert: Unterscheiden sich die Erziehungsmaßregeln wesensmäßig von den anderen Reaktionsmitteln des Jugendgerichtsgesetzes, mit

denen nach § 5 II JGG die Straftat des Jugendlichen "geahndet" werden kann? Nach einer Stellungnahme zu den Begriffen "Repression" und "Sühne" und nach einer Kritik der "Vergeltungstheorie" mußte gefordert werden: Der Schuldvergeltungsgedanke als Begründung staatlichen Eingreifens wird im Jugendstrafrecht durch den Erziehungsgedanken - "das Wohl des Jugendlichen", wie der Bundesgerichtshof¹⁾ sagt - begrenzt. Die Vergeltungsgerechtigkeit wird überdeterminiert durch das höhere Gesetz der Hilfe am anderen Menschen, durch das Gebot der Nächstenliebe. Keine Erziehung statt Strafe, aber erzieherisch wirkende Strafe anstatt bloßer Vergeltungsstrafe. Eine "wesensmäßige" Trennung der Reaktionsmittel in "rein erzieherische" und (auch) "repressive" (vergeltende), wie es Goebel und Pentz versucht haben, erscheint unreal. Aufgabe der - zum Glück! - recht differenzierten Reaktionsformen des Jugendgerichtsgesetzes ist es, dem Jugendlichen das zu geben, "was not ist".²⁾ "Die Strafe ist ... in jedem Falle an ihrer Tauglichkeit für die Erziehung zu messen", sagen Dallinger-Lackner.³⁾ Ist dieses Grunderfordernis erfüllt, so spielt die Unterscheidung "aus Anlaß" und "geahndet" in § 5 JGG keine wesentliche Rolle mehr, so können - überspitzt formuliert - Erziehungsmaßregeln auch "zur Sühne" angeordnet werden und sühnend wirken; dann können Zuchtmittel und Jugendstrafe auch "zur Erziehung verhängt werden".⁴⁾

-
- 1) s.o.S. 30 ; der Begriff der "Resozialisierung" erscheint vielleicht zu eng , da er einseitig im Sinne von reinen Staatsnützlichkeits-erwägungen mißverstanden werden kann.
2) Holzschuh, Erziehung und Strafe, S. 151
3) § 17 Anm. 4
4) vergl. die Ausführungen von Lüthi, a.a.O., S.55: "Sie (die Maßnahme "Verweis") kann als Strafe, als Fürsorgemaßnahme zur Anwendung kommen, sie kann beides verbinden..."

Das Maß der Schuld darf durch die in erster Linie an der Erziehung orientierte Strafe nur insoweit überschritten werden, als es der Erziehung nicht wieder abträglich ist (z.B. unverständlich harte Reaktion). Bei dem ausgeprägten Gerechtigkeitssinn vieler Jugendlicher¹⁾ ist hier besondere Vorsicht geboten. Entsprechendes gilt für das Verhältnis von Tat und Reaktion.²⁾

Bei der Erörterung des Problems, welche Bedeutung das Subsidiaritätsprinzip für die Stellung der Fürsorgeerziehung im Reaktionensystem des Jugendgerichtsgesetzes hat, wurde festgestellt: Der Subsidiaritätsgrundsatz ist Ausfluß des allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, der besagt, der Staat habe bei mehreren ihm zur Verfügung stehenden geeigneten Mitteln dasjenige zu wählen, was am wenigsten in die Rechte des Betroffenen eingreife. Eine Wertung der Fürsorgeerziehung nach ihrer objektiven Eingriffsschwere läßt sie schwerer als den Jugendarrest und leichter als die Jugendstrafe erscheinen.

Der Gesetzeswortlaut des § 5 II JGG bedurfte in diesem Zusammenhang einer berichtigenden Auslegung. Seine wörtliche Aussage, Zuchtmittel seien nur anzuwenden, wenn Erziehungsmaßregeln "nicht ausreichen", erschien - auf die Fürsorgeerziehung bezogen - in keinem Zusammenhang sinnvoll. Zuchtmittel sind nicht in jedem Falle erst dann anzuwenden, wenn die Fürsorgeerziehung angesichts der Schwere der Tat oder angesichts der umfassenden Erziehungsbedürfnisse des Jugendlichen "nicht ausreicht". Auch ist die Fürsorgeerziehung nicht in allen Fällen für geringere Schuld gedacht als die Zuchtmittel. - Die Worte "nicht ausreichen" in § 5 II JGG

1) Spranger, a.a.O., S. 176 ff.; Hellmer, Schuld und Gefährlichkeit, S. 23 und 52
2) s. o. S. 34

waren deshalb, sollten sie überhaupt noch sinnvoll bleiben, vom Subsidiaritätsprinzip zu lösen und im Sinne von "nicht geeignet sind" zu lesen. Erst wenn der Jugendrichter unter dem Gesichtspunkt "was der Täter braucht" die geeigneten Maßnahmen ausgewählt hat und eine Verbindung der Maßnahmen nicht erforderlich ist, kann und muß er nach dem Grundsatz der Subsidiarität die objektiv leichteste Maßregel ergreifen. Dabei sind die Zuchtmittel generell leichter als die Anordnung von Fürsorgeerziehung.

Zu dem Verhältnis von Fürsorgeerziehung und Jugendstrafe wurde festgestellt: Die Jugendstrafe ist auch nach der Änderung der Voraussetzungen der Fürsorgeerziehung durch die 2. Novelle 1961 zum Jugendwohlfahrtsgesetz "letztes Mittel" jugendrichterlicher Reaktionen geblieben. Dies folgt einmal aus dem Subsidiaritätsprinzip bzw. der "Eingriffsschwereskala", zum anderen aus der Feststellung, daß das Jugendgerichtsgesetz keine anders gearteten Anforderungen an die Prüfung der Erfolgsaussicht bei der Jugendstrafe stellt als bei der Anordnung von Fürsorgeerziehung.

Bei der Fürsorgeerziehung im Rahmen des § 3 S. 2 JGG war trotz der grundsätzlichen Übereinstimmung darüber, daß der Jugendrichter die sachlichen Voraussetzungen der §§ 64 ff. JWG zu prüfen hat, der Umfang dieser Prüfungspflicht im einzelnen umstritten.

Bei der nicht unwichtigen Frage, ob der Jugendrichter vor einer Anordnung von Fürsorgeerziehung nach § 3 S. 2 JGG den Versuch Freiwilliger Erziehungshilfe veranlassen muß, sind die Meinungen geteilt. Die Begründungen, im Rahmen des § 3 S. 2 JGG werde der Jugendrichter "als Vormundschaftsrichter" tätig und das Gegenargument, der Richter bleibe auch im Rahmen dieser Vorschrift Jugendstrafrichter, sind abzulehnen. Die Erörterungen im 1. Kapitel haben

gezeigt, daß eine grundlegende dogmatische Trennung der Aufgabengebiete von Vormundschafts- und Jugendrichter nicht möglich ist. Die Strafe erscheint in den umfassenderen Zusammenhang der Erziehung eingebettet. Eine Bestätigung dieser Meinung konnte auch darin gesehen werden, daß die überwiegende Zahl der Argumente für und gegen eine Anwendung des § 12 S.2 JGG im Rahmen des § 3 S. 2 JGG nicht dogmatischer, sondern kriminalpädagogischer Art war. Mit der Entscheidung für die eine oder andere Lösung beschränkt man von vornherein die Möglichkeiten der Erziehung - zum Nachteil des Jugendlichen, obwohl eine solche Reglementierung hier völlig überflüssig erscheint. Warum überläßt man es nicht im Einzelfalle dem Urteil des Jugendrichters, ob er den Versuch Freiwilliger Erziehungshilfe veranlassen will?

Auch die Frage, ob und wann eine Reaktion mit der Tat zu verknüpfen sei, konnte nicht mit dogmatischer Eindeutigkeit vorweg im Sinne der einen oder anderen Meinung beantwortet werden, sondern war den erzieherischen Notwendigkeiten zu überlassen.

Auch die Zweispurigkeit bei den Rechtsmitteln gegen den die Fürsorgeerziehung anordnenden Beschluß ist zu bedauern; denn die unterschiedliche Behandlung des Fürsorgeerziehungsbeschlusses, je nachdem ob er durch den Vormundschaftsrichter ergeht (sofortige Beschwerde mit aufschiebender Wirkung auch für die Jugendämter) oder vom Jugendrichter erlassen wird (sofortige Vollziehbarkeit, keine Rechtsmittel der Jugendämter, aber unbefristete Beschwerden der anderen Rechtsmittelberechtigten), ist sachlich nicht zu rechtfertigen. Nach geltendem Recht kann auch hier eine Lösung - wie bei der vorhergehenden Frage - kaum sinnvoll getroffen werden. Diese Einzelprobleme können aber als deutlicher Fingerzeig gelten, das Verhältnis von Vormundschaftsrecht und Jugendstrafrecht neu zu überdenken und weiter zu entwickeln.

Bereits 1926 hatte der schweizer Fürsprecher Lüthi zu dem Verhältnis von Jugendfürsorge und Jugendstrafrecht festgestellt, daß Fürsorgemaßnahmen auch Strafwirkungen äußern können und daß umgekehrt der Strafe Fürsorgewirkung innewohnen kann, ja, daß manche Fürsorgewirkungen nur erreichbar sind, wenn die bezweckte Maßnahme "Strafcharakter" hat.¹⁾ Er forderte:²⁾

"Es muß deshalb die Fürsorgenorm zur Behandlung des jugendlichen Delinquenten in gleicher Weise zur Verfügung stehen wie die Strafnorm. Dies stellt Anforderungen auch an das Verfahren. Denn durch das Verfahren allein wird z.B. schon die Möglichkeit der Feststellung der Art und des Grades der Gefährdung geboten. In der Art des Verfahrens kann schon Fürsorge liegen, und der Schluß des Verfahrens führt über zu den als richtig erkannten Lösungen, die auch nach den heute in Geltung stehenden Gesetzen möglich sind, sowohl im Strafpunkt als auch in der materiellen Fürsorgenorm des Zivil- und Verwaltungsrechts. Das Verfahren muß so geordnet sein, daß durch die Verbindung von Strafe und Fürsorge die Wirkung erzielt werden kann, die ohne diese Verbindung nicht erreicht würde.

Es ist richtig, daß unter andern die praktische Konsequenz resultiert, daß die Kompetenzen nach dieser oder jener Richtung erhöht werden müssen. Denn, wenn möglich, soll ein Einzelner das Verfahren führen, die Anwendung der materiellen Norm verantworten und die Vollstreckung und Fürsorgepraxis im Einzelfall leiten."

Im dritten Kapitel wurde festgestellt, daß die Anordnung der vorläufigen Fürsorgeerziehung im Jugendstrafrecht sowohl im Rahmen der §§ 5 I, 9 Ziff. 3 JGG als auch des § 3 S. 2 JGG - ebenso wie im Jugend-

1) Lüthi, a.a.O., S. 29

2) a.a.O., S. 37

wohlfahrtsrecht - grundsätzlich zulässig ist. Die Vorschriften des Jugendstraßverfahrens beeinträchtigen aber die Zweckmäßigkeit dieser Maßnahme als sofortige Reaktion auf einen Rechtsbruch erheblich. Allein die Tatsache, daß die vorläufige Fürsorgeerziehung erst mit Rechtskraft des jugendrichterlichen Urteils vollstreckbar ist, macht sie als Sofortmaßnahme dann ungeeignet, wenn gegen das jugendrichterliche Urteil Rechtsmittel eingelegt werden. Die unglückliche Stellung der vorläufigen Fürsorgeerziehung im Jugendstraßrecht ist wiederum durch die mangelnde Integrierung von Jugendkriminalrecht und Jugendwohlfahrtsrecht bedingt.

Ähnliche Schwierigkeiten sind bei der Betrachtung von Durchführung und Beendigung der Fürsorgeerziehung aufgetaucht. Nach der Anordnung der Maßnahme ist es - falls der Jugendrichter nicht in Personalunion auch Vormundschaftsrichter ist -, fast ein Zufall, wenn er noch von dem Verlauf der Fürsorgeerziehung hört. Mit der Beendigung der Maßnahme ist der Jugendrichter ohnehin nicht befaßt.

Um den zahlreichen Schwierigkeiten der Fürsorgeerziehung im Jugendstraßrecht zu begegnen, wird gefordert, ihre Anordnung in jedem Falle¹⁾ oder doch in der Regel²⁾ im Wege einer Verweisung nach § 53 JGG dem Vormundschaftsrichter zu überlassen. Nach § 53 JGG kann der Jugendrichter dem Vormundschaftsrichter jedoch niemals bindend vorschreiben, Fürsorgeerziehung anzuordnen, er kann ihm nur die Erziehungsmaßregeln insgesamt überlassen. Die richtige Maßnahme muß der Vormundschaftsrichter aus dem Kreis der Erziehungsmaßregeln auswählen. § 53 JGG ist nicht für eine Verweisung gedacht, bei der dem Jugendrichter von vornherein klar ist, daß Fürsorgeerziehung angeordnet werden muß.

1) s. o. S. 118 f.

2) s. o. S. 121 f.

Nicht nur aus diesem Grunde kann es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen Vormundschafts- und Jugendrichter kommen. Andere Meinungsverschiedenheiten können sich an den Fragen entzünden, ob § 12 S. 2 JGG im Rahmen des § 53 JGG entsprechend anzuwenden ist, oder ob und wann der Vormundschaftsrichter von Erziehungsmaßregeln ganz absehen kann, weil sich die Umstände, die für das Urteil maßgebend waren, geändert haben (§ 53 S. 2 JGG). Wenn auch die Richtlinien zu § 53 S. 2 JGG (Nr. 2) dem Vormundschaftsrichter empfehlen, für den Fall, daß er von der Anordnung von Fürsorgeerziehung absehen will, "nach Möglichkeit" das Einverständnis des Jugendrichters zu erlangen, so bleibt doch die Frage offen, was geschehen soll, wenn dieses Einverständnis nicht herzustellen ist. Soll man dem Jugendrichter neben der - sachlich nicht geeigneten - Dienstaufsichtsbeschwerde ein eigenes Beschwerderecht gemäß § 57 Nr. 9 FGG einräumen? Eine Beschwerde des Jugendrichters gegen Entscheidungen des Vormundschaftsrichters erscheint vor allem aus verfahrensrechtlichen Gründen bedenklich.

Darüber hinaus fragt man sich bei § 53 JGG, warum eine Maßnahme, nämlich die Fürsorgeerziehung, als Erziehungsmaßregel erst in das Jugendstrafrecht übernommen wird, wenn man gleichzeitig empfiehlt, sie in der Regel an den Vormundschaftsrichter "zurückzuverweisen".

2. War das Reaktionensystem des Jugendgerichtsgesetzes im wesentlichen sachlich befriedigend zu interpretieren, so ergaben sich doch zahlreiche Schwierigkeiten aus der Aufgabenverteilung zwischen Vormundschafts- und Jugendrichter und aus den unterschiedlichen Verfahrensbestimmungen beider Gesetze. Allein wenn die Aufgaben von Vormundschaftsrichter und Jugendrichter von einem Richter in Personalunion wahrgenommen werden (§ 34 II, III JGG) sind die

aufgezeigten Unstimmigkeiten in der Praxis gemildert. Das sollte ein Hinweis für eine zukünftige Gestaltung dieser Rechtsfragen sein. "Der Jugendrichter soll nach Möglichkeit auch Vormundschaftsrichter sein", sagt § 34 II 1 JGG. Dieser Programmsatz ist Ausdruck der sachlichen Bedürfnisse der Praxis, den Minderjährigen von der Kindheit bis zur Reife in allen seinen Erscheinungen, als Gefährdeten, Verwahrlosten und Straffälligen, von ein und demselben Richter betreuen zu lassen.¹⁾ Das Gesetz ist mit dieser Regelung jedoch auf halbem Wege stehen geblieben, indem es sich bei der Entscheidung zwischen dem "Kölner System" (Vormundschaftsrichter gleichzeitig Strafrichter) und dem "Frankfurter System" (Strafrichter gleichzeitig Vormundschaftsrichter) für letzteres entschied²⁾, ohne den Weg zu einem einheitlichen "Jugendgericht" zu finden, das die Kompetenzen von Jugendstraß- und Jugendwohlfahrtsgericht umfaßt hätte.

Zahlreiche Untersuchungen, vor allem zur Erst- und Frühkriminalität³⁾ haben die Einsicht verstärkt, daß Verwahrlosung und Kriminalität in ihren Ursachen in vielen Fällen kaum zu trennen sind⁴⁾ und ihnen auch gemeinsam begegnet werden muß.⁵⁾ Zu diesem Zweck ist es erforderlich, die richterlichen Maßnahmen in eine Hand zu legen, um - in der Erziehung besonders unheilvoll wirkende - widersprechende Entscheidungen zu vermeiden.⁶⁾

1) so: Dallinger-Lackner, § 34 Anm.2; Messerer, UJ 51, 2; v.Schlotheim, UJ 54, 130; s. auch Lüthi, a.a.O., S. 37

2) Potrykus, Die tragenden Gedanken..., S. 139

3) s. Erst- und Frühkriminalität a.a.O.

4) Simonsohn, a.a.O., S. 98

5) Luther, a.a.O., S. 392

6) Stutte, Erstkriminalität und Frühkriminalität, a.a.O., S.49: "Wir waren mit ihm (Peters) in dem Bedauern einig..., daß das Jugendrecht, das Jugendkriminalrecht nicht Teil eines allgemeinen Jugendrechts ist."

Mit der Zusammenlegung der Kompetenzbereiche von Jugendstraf- und Vormundschaftsrichter würde eine bessere Verbrechensprophylaxe bei Frühkriminellen und Hangtättern möglich werden.¹⁾ "Alle Erkenntnisse der Tiefenpsychologie und alle Erfahrungen der Praxis lehren uns", sagt Holzschuh²⁾, "daß man den Fehlentwicklungen Jugendlicher so früh wie möglich begegnen muß".

Die Schwierigkeiten bei der Fürsorgeerziehung im Jugendgerichtsgesetz veranlassen uns deshalb mit Simonsohn³⁾ zu fordern: "Alle diese Beobachtungen und der Blick in andere Länder zeigen uns, daß wir mit der Doppelspurigkeit von Vormundschaftsgericht und Jugendgericht aufhören müssen, und daß wir ein einheitliches Jugenderziehungs- und Jugendschutzrecht zu schaffen haben... Wir wollen die Jugendgerichtsbarkeit... nicht aus der Justiz herauslösen. Aber wir verlangen einen spezialisierten Richter mit einer psychologisch-pädagogischen Zusatzausbildung und mit längerer Praxis in der Jugendgerichtsbarkeit."³⁾

Die Frage, welche Aufgaben dem zukünftigen Jugendrichter zuzuweisen sind, wird nicht einheitlich beantwortet. Luther⁴⁾ z.B. fordert die "Ausdehnung des Zuständigkeitsbereiches des Gerichts auf alle straffälligen oder nicht straffälligen Minderjährigen und Übertragung der Aufgaben der Vormundschaftsgerichte auf die Jugendgerichte, soweit sie Angelegenheiten Minderjähriger behandeln; außerdem Zuständigkeit auch für Angelegenheiten Minderjähriger, die nach geltendem Recht in den Bereich der streitigen Gerichtsbarkeit fallen." Soweit dem Jugendrichter

1) vergl. die Forderungen der 9. Arbeitstagung der kriminalbiologischen Gesellschaft, NJW 58,253 f.

2) Die jugendrichterlichen Maßnahmen ohne Freiheitsentzug, a.a.O., S. 83

3) a.a.O., S. 98

4) a.a.O., S. 390

auch Aufgaben der streitigen Gerichtsbarkeit zugewiesen werden sollen, muß man allerdings Zweifel äußern, ob der Jugendrichter dadurch nicht überfordert wird.

Wie diese Vereinheitlichung sachlich abzugrenzen und verfahrensmäßig zu gestalten sein wird, bedarf noch eingehender Diskussion.

Ob es dazu erforderlich ist, das Jugendstrafverfahren und "die Hauptverhandlung mit ihren feierlichen Formen" dem vormundschaftsgerichtlichen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzunähern, ist umstritten.¹⁾

Zweifellos sind auch die Formen des Jugendstrafverfahrens - sinnvoll angewandt - in vielen Fällen wirkungsvoll und angebracht. Dennoch sollte man dem neu zu schaffenden Jugendrichter eine größere Dispositionsbefugnis über die Art des Verfahrens einräumen, vielleicht sogar über die Tatsache, ob er im einzelnen Falle mit einer Maßnahme an die Straftat des Jugendlichen anknüpfen will oder nicht. Erst dann wäre die Forderung Liszts²⁾ erfüllt, der Richter "sollte die Möglichkeit haben, diejenige Maßnahme zu verlangen, die er im einzelnen Falle für die zweckmäßigste hielt, sei es eine erzieherische Maßregel oder eine Strafe". Dies kann nicht dadurch erreicht werden, daß man - wie im geltenden Jugendgerichtsgesetz - zwar postuliert, eine Erziehungsmaßregel dürfe nur "aus Anlaß" der Straftat eines Jugendlichen angeordnet werden, nichtsdestoweniger aber die Hauptverhandlung mit ihren strengen

1) so Peters, Die Grundlagen der Behandlung junger Rechtsbrecher, a.a.O., S. 29; a.A. Sieverts, Zusammenfassung der Arbeitsergebnisse des 13. Dt. Juristentages, a.a.O., S. 148 ff., S. 149; Stutte, Zur organischen Gestaltung der Hauptverhandlung, in: MonschrKrim 1961, 121 ff.

2) v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1. Bd., S. 354

Formen durchführt. Was helfen dann Erklärungen des Richters, der Jugendliche werde nicht bestraft, wenn ihm nach förmlichem Verfahren eine Weisung erteilt wird, die sich nur dem Namen nach von der Auferlegung besonderer Pflichten (§ 15 JGG) unterscheidet, und mit Jugendarrest durchgesetzt werden kann (§ 11 II JGG) ? Will man mit dem Gedanken "aus Anlaß" der Straftat eines Jugendlichen Erziehungsmaßnahmen anzuordnen Ernst machen, so wäre das eher in der Form möglich, daß man dem "Jugendrichter" (der diesen Namen verdient und mit den Befugnissen von Jugendstraß- und Vormundschaftsrichter ausgestattet wäre) Dispositionsbefugnisse einräumt, im Einzelfalle zu entscheiden, ob er an die Straftat überhaupt anknüpfen, ob er sich der Formen des Strafverfahrens bedienen will, oder ob er es für angebrachter hält, in den freieren Formen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu handeln.

Nur durch einen "Jugendrichter", dem die Befugnisse beider Kompetenzbereiche in die Hand gegeben wären, würden auch die leidigen - und neue Probleme begründenden - "Überweisungen" von vormundschaftsrichterlichen Maßnahmen an den Jugendrichter (§ 3 S.2 JGG) und von Erziehungsmaßnahmen an den Vormundschaftsrichter (§ 53 JGG) vermieden.

Schließlich wäre eine Abstimmung der Verfahren, insbesondere der Rechtsmittelvorschriften beider Bereiche möglich und nötig, um die aufgezeigten unbefriedigenden Divergenzen zu vermeiden, die sich aus der Zweispurigkeit der Rechtsmittel gegen vormundschafts- und jugendstrafrechtliche Entscheidungen ergeben. Andere Länder, wie z.B. Italien, Schweden, Spanien, Japan und teilweise auch Amerika sind uns in der Vereinheitlichung des Jugendrechts weit voraus.¹⁾

1) vergl. die Zusammenstellung bei Luther, a.a.O., S. 387 f.

Eine weitere Forderung - die schon wiederholt erhoben wurde¹⁾ - kann hier noch angeschlossen werden: Durch Schaffung eines umfassenden Jugendgerichts in diesem Sinne würde auch ein einheitlicher Instanzenzug in Jugsendsachen erforderlich.

Nach den vorangegangenen Erörterungen kann es nicht mehr zweifelhaft sein, daß, von den hier vertretenen Grundansichten aus, die Vorschläge Hellmers²⁾ in "Schuld und Gefährlichkeit im Jugendstrafrecht" abzulehnen sind. Es ist bei den Taten Jugendlicher weder möglich noch nötig, strikt zwischen Gefährlichkeit und Schuld zu unterscheiden, auf erstere nur mit Erziehung, auf letztere nur mit Schuldvergeltung zu reagieren. Es ist weder möglich noch nötig, generell die Erziehungsmaßregeln von den Sühnemaßnahmen zu trennen und auf Erziehungsmaßregeln nur bei Fehlen der erforderlichen Reife (§ 3 S. 1 JGG) zu erkennen, anderenfalls aber Sühnemaßnahmen zu verhängen.³⁾ "Dieser Weg würde zunächst erfordern, daß die Erziehungsmaßregeln gemäß §§ 9 ff. JGG aus dem Verband der Mittel zur Reaktion auf die Schuld ausscheiden", schreibt Hellmer.⁴⁾ Solchen Reformvorschlägen muß entschieden widersprochen werden. Eine solche Verarmung des jugendrechtlichen Reaktionensystems würde einen Schritt rückwärts in der Geschichte des Jugendstrafrechts bedeuten. Man denke nur daran, was einzelne Jugendrichter mit einer geschickten Handhabung der Weisungen (§§ 9 Ziff. 1, 10 JGG) erreichen konnten.

Als Arbeitsvorbild einer zukünftigen Entwicklung des deutschen Jugendstraf- und Kriminalrechts scheint uns eher die schweizerische Lösung geeignet, wo man auf die Verwirklichung eines reinen Schuld-

1) Simonsohn, a.a.O., S. 98; Luther, a.a.O., S. 391

2) vergl. oben S.26f., 28, 38, 40ff., insbes. S.45f.

3) so Hellmer, Schuld und Gefährlichkeit, S. 58

4) a.a.O., S. 58

begriffes verzichtet¹⁾ und das Schwergewicht auf die Auswahl alters- und persönlichkeitsangepaßter Maßnahmen legt, seien es nun im einzelnen Fall mehr - erzieherisch sinnvolle - Strafmaßnahmen oder in einem anderen Falle mehr gefährlichkeitsbezogene Erziehungsmittel.²⁾

3. Was können diese Feststellungen zur Beantwortung der eingangs aufgeworfenen Frage beitragen, ob es angebracht ist, im Verfahren gegen Jugendliche Fürsorgeerziehung anzuordnen?
- a) Die völlige Ausgliederung der Fürsorgeerziehung sowohl als Erziehungsmaßregel (§§ 5 I, 9 Ziff.3 JGG) als auch als quasivormundschaftsrichterliche Maßnahme (§ 3 S. 2 JGG) würde eine bedauerliche Verarmung der jugendrichterlichen Reaktionsmöglichkeiten darstellen.
- b) Die Anordnung der Fürsorgeerziehung als Reaktion auf eine schuldhaft Tat eines Minderjährigen fällt nicht aus dem Reaktionensystem und der Zumessungslehre des Jugendgerichtsgesetzes heraus.
- c) Dennoch begegnet die Anordnung von vorläufiger wie endgültiger Fürsorgeerziehung im Verfahren gegen Minderjährige zahlreichen Schwierigkeiten, die im einzelnen Fall zu der Erwägung führen, ob nicht eine "Verweisung" der Maßnahme an den Vormundschaftsrichter angebracht ist. Dies kann nicht von vornherein generell entschieden werden. Es sind jeweils die Vor- und Nachteile einer Überweisung gegen die Vor- und Nachteile einer Anordnung im Strafverfahren abzuwägen.

1) Das Kind und der Jugendliche sind "fehlbar"; s. Hellmer, Schuld und Gefährlichkeit, S. 51

2) vergl. dazu Lüthi, a.a.O., S. 29 ff.; Hellmer, Schuld und Gefährlichkeit, S. 50 ff.

- d) Wenn der Jugendrichter in Personalunion auch Vormundschaftsrichter ist, erscheinen die angesprochenen Schwierigkeiten gemildert. Daraus ist die Forderung abzuleiten, die Stellung der Fürsorgeerziehung in einem einheitlichen (zumindest) die Kompetenzbereiche von Jugendstraß- und Vormundschaftsrecht umfassenden Jugendrecht, das ein wirklicher Jugendrichter überwacht, zu verbessern. Dazu wird es auch erforderlich sein, die Verfahrensbestimmungen beider Gesetzesbereiche einander anzupassen, indem man sie durchgängiger und beweglicher gestaltet.

L e b e n s l a u f

Am 25. August 1938 wurde ich, Jochen Hahn, als Sohn des Kaufmanns Hans Hahn und seiner Ehefrau Ruth geb. Levering, in Bad Hersfeld/Hessen geboren. Nach vierjährigem Besuch der Grundschule in Bad Hersfeld trat ich im Frühjahr 1949 in den altsprachlichen Zweig des Gymnasiums in Bad Hersfeld ein, wo ich am 4. März 1958 die Reifeprüfung ablegte.

Nach Beendigung meines Grundwehrdienstes studierte ich an den Universitäten München und Marburg Rechtswissenschaft. Am 4. November 1964 bestand ich in Marburg vor dem Prüfungsausschuß des Juristischen Prüfungsamtes bei dem Oberlandesgericht in Frankfurt a.M. die erste rechtswissenschaftliche Staatsprüfung.

Am 3. September 1965 begann ich mit dem juristischen Vorbereitungsdienst im Landgerichtsbezirk Marburg. Nach einem halbjährigen Sonderurlaub zur Anfertigung dieser Arbeit setzte ich die Referendarausbildung am 1. 1. 1967 in Darmstadt fort.

